

# **Das Creative-Commons-Lizenzsystem**

Alternativer Verwertungsansatz für Rechte an geistigem Eigentum im  
digitalen Zeitalter?

Dissertation  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**Melanie Bosshart**

von Fischen TG

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Rolf H. Weber

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 12. Dezember 2012

Der Dekan: Prof. Dr. Christian Schwarzenegger

2013

buch & netz, Zürich, <http://buchundnetz.com>

Diese Dissertation erscheint auch als Internetpublikation: [www.zb.uzh.ch](http://www.zb.uzh.ch)

Spezialauflage Pflichtexemplare

ISBN: 978-3-03805-025-4

Forschungskredit der Universität Zürich, Zusprache Nr. 52010005

Dieses Werk bzw. Inhalt steht unter einer Creative Commons Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 Schweiz Lizenz.

<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/ch/>

*Meinen Eltern*

## **Vorwort**

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich hat die vorliegende Arbeit im Dezember 2012 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtssprechung wurden bis Oktober 2012 berücksichtigt.

Eine Kontrolle der Internetadressen erfolgte letztmals am 05. Oktober 2012.

Die Organisation Creative Commons passt ihre Lizenzen laufend den neuen Entwicklungen im Bereich des Urheberrechts an. Zudem werden vermehrt auch Sachverhalte mit einbezogen, die aufgrund einer fehlenden internationalen Harmonisierung in den betreffenden Bereichen bisher keinen Eingang in die Lizenzen gefunden haben. Mit der Publikation der nächsten Version ist nach Angaben von Creative Commons im Laufe des Jahres 2013 zu rechnen.

Die Grundlage dieser Dissertation bildet die Version 3.0 der Creative-Commons-Lizenzen. Die für 2013 geplanten Änderungen der Version 4.0 wurden entsprechend des im Oktober 2012 aktuellen zweiten Entwurfs von Creative Commons berücksichtigt.

Besonderen Dank schulde ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Rolf H. Weber für die wertvolle Unterstützung und die Freiheit, die er mir bei der Bearbeitung des Themas gewährte.

Sodann danke ich Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. Michael Kikinis und Herrn Hans Rudolf Bosshard für die sorgfältige und kritische Durchsicht des Manuskripts.

Zu Dank verpflichtet bin ich im Weiteren der Universität Zürich, die es mir durch die Zusprache eines Beitrages aus dem Forschungskredit erlaubte, mich für die Dauer von vierzehn Monaten ganz auf die vorliegende Arbeit zu konzentrieren.

Schliesslich hat Wikimedia Schweiz mit einem Zuschuss zu den Druckkosten zum Erscheinen dieses Buches beigetragen.

Die Veröffentlichung der vorliegenden Dissertation erfolgt unter einer Creative Commons Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 Schweiz Lizenz. Neben der gedruckten Ausgabe erscheint die Publikation auch als eBook sowie als Online-Buch im Internet, um den Zugang zum Inhalt für den interessierten Leser so einfach wie möglich zu machen.

## **Inhaltsübersicht**

Teil I	Einleitung .....	1
Teil II	Ausgangslage .....	5
Teil III	„Offene“ Modelle.....	47
Teil IV	Creative Commons.....	61
Teil V	Creative-Commons-Lizenzen im Schweizer Recht .....	74
Teil VI	Problemfelder der Creative-Commons-Lizenzen.....	227
Teil VII	Verbreitung der Creative-Commons-Lizenzen sowie weitere Projekte von Creative Commons .....	274
Teil VIII	Schlussbetrachtung.....	285
Anhang A	.....	290
Anhang B	.....	298
Anhang C	.....	305

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XII
Literaturverzeichnis.....	XVII
Materialien- und Rechtsquellenverzeichnis .....	XXXIII

## **Teil I    Einleitung** .....

1.	Problemstellung.....	1
2.	Gegenstand und Gang der Untersuchung.....	3
3.	Terminologisches .....	4

1.	Problemstellung.....	1
2.	Gegenstand und Gang der Untersuchung.....	3
3.	Terminologisches .....	4

## **Teil II    Ausgangslage** .....

1.	Schutz geistiger Leistungen durch das Urheberrecht.....	5
1.1.	Vom Investitions- zum Urheberschutz.....	5
1.2.	Gesetzliche Entwicklung in der Schweiz .....	9
1.3.	Vom Urheberschutz zurück zum Schutz der vermittelnden Marktteilnehmer.....	10
1.4.	Heutiger Zweck des Urheberrechts .....	11
1.4.1.	Interessenausgleich .....	12
1.4.1.1.	Betroffene Interessen .....	12
1.4.1.1.1.	Interessen der Allgemeinheit .....	12
1.4.1.1.2.	Interessen der Urheber .....	13
1.4.1.1.3.	Interessen der vermittelnden Marktteilnehmer ....	14
1.4.1.1.4.	Interessen der Werknutzer .....	15
1.4.1.2.	Grundrechtliche Dimension.....	15
1.4.2.	Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung.....	16
1.4.3.	Kritik am Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung .....	18
1.5.	Gegenstand des Urheberrechts .....	21
1.5.1.	Werk als Schutzobjekt.....	21
1.5.2.	Schrankenbestimmungen .....	22
2.	Urheberrecht in der Informationsgesellschaft .....	24
2.1.	Veränderung der Marktstrukturen durch technische Entwicklung.....	24
2.1.1.	Situation vor Verbreitung des Internets .....	24
2.1.2.	Vereinfachung der Produktion und Verbreitung von Werken .....	26
2.1.3.	Verlagerung der Nachfrage auf Nischenmärkte.....	27
2.1.4.	Vom Zugangsanbieter zum Zugangsverhinderer .....	28

1.	Schutz geistiger Leistungen durch das Urheberrecht.....	5
1.1.	Vom Investitions- zum Urheberschutz.....	5
1.2.	Gesetzliche Entwicklung in der Schweiz .....	9
1.3.	Vom Urheberschutz zurück zum Schutz der vermittelnden Marktteilnehmer.....	10
1.4.	Heutiger Zweck des Urheberrechts .....	11
1.4.1.	Interessenausgleich .....	12
1.4.1.1.	Betroffene Interessen .....	12
1.4.1.1.1.	Interessen der Allgemeinheit .....	12
1.4.1.1.2.	Interessen der Urheber .....	13
1.4.1.1.3.	Interessen der vermittelnden Marktteilnehmer ....	14
1.4.1.1.4.	Interessen der Werknutzer .....	15
1.4.1.2.	Grundrechtliche Dimension.....	15
1.4.2.	Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung.....	16
1.4.3.	Kritik am Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung .....	18
1.5.	Gegenstand des Urheberrechts .....	21
1.5.1.	Werk als Schutzobjekt.....	21
1.5.2.	Schrankenbestimmungen .....	22
2.	Urheberrecht in der Informationsgesellschaft .....	24
2.1.	Veränderung der Marktstrukturen durch technische Entwicklung.....	24
2.1.1.	Situation vor Verbreitung des Internets .....	24
2.1.2.	Vereinfachung der Produktion und Verbreitung von Werken .....	26
2.1.3.	Verlagerung der Nachfrage auf Nischenmärkte.....	27
2.1.4.	Vom Zugangsanbieter zum Zugangsverhinderer .....	28

2.2.	Spannungsverhältnis zwischen Recht und Realität .....	30
2.3.	Tendenzen zur Privatisierung des Urheberrechts durch den Einsatz technischer Schutzmassnahmen .....	33
2.3.1.	Ausgangslage .....	33
2.3.2.	Technische Entwicklungen .....	33
2.3.3.	Entwicklungen auf Gesetzgebungsstufe .....	35
2.3.4.	Folgen des Einsatzes und rechtlichen Schutzes von DRM-Systemen ....	36
2.3.4.1.	Auswirkungen auf die Schrankenbestimmungen .....	36
2.3.4.2.	Einschränkung der Privatheit beim Umgang mit Wissen und Information .....	40
2.4.	Rolle des Kartellrechts .....	41
3.	Fazit.....	42
<b>Teil III „Offene“ Modelle.....</b>		<b>47</b>
1.	Allgemeines.....	47
2.	Open Content .....	48
2.1.	Versuch einer Definition .....	48
2.2.	Potential der Open-Content-Lizenzen .....	49
3.	Abgrenzungen .....	51
3.1.	Open-Source-Modell .....	51
3.2.	Open-Access-Modell.....	53
3.3.	„Offene“ und „Freie“ Inhalten – ein Unterschied? .....	57
4.	Fazit.....	59
<b>Teil IV Creative Commons.....</b>		<b>61</b>
1.	Organisation Creative Commons .....	61
2.	Creative-Commons-Lizenzen .....	62
2.1.	Einführung.....	62
2.2.	Grundgedanke und Ziel .....	62
2.3.	Creative-Commons-Lizenzmodule .....	63
2.4.	Drei Formate des Lizenztextes .....	65
2.5.	Weiterentwicklung der Lizenzen.....	66
2.6.	Notwendigkeit der Anpassung an nationale Rechtsordnungen? .....	69
2.6.1.	Modell der Portierung .....	69
2.6.2.	Prozess der Portierung.....	69

2.6.3.	Vor- und Nachteile einer Anpassung an nationales Recht.....	70
2.7.	Stellungnahme .....	72
3.	Creative-Commons-Lizenzen als Open-Content-Lizenzen .....	72
<b>Teil V</b>	<b>Creative-Commons-Lizenzen im Schweizer Recht .....</b>	<b>74</b>
1.	Urheberrechtliche Grundlagen .....	74
1.1.	Urheberrechtlich geschütztes Werk.....	74
1.1.1.	Zum Werkbegriff .....	74
1.1.2.	Problematische Werkqualifizierungen im Zusammenhang mit Creative Commons .....	76
1.2.	Verwandte Schutzrechte.....	79
1.3.	Werk zweiter Hand.....	81
1.4.	Sammelwerk.....	82
1.5.	Urheber .....	83
1.6.	Gemeinschaftliche Werkschöpfung .....	84
1.6.1.	Miturheberschaft .....	85
1.6.2.	Verbundenes Werk.....	87
1.6.3.	Audiovisuelle Werke als Sonderfälle der Werkschöpfung durch mehrere Personen .....	87
1.7.	Dem Urheber eingeräumte Rechte .....	89
1.7.1.	Urheberpersönlichkeitsrechte.....	90
1.7.1.1.	Begriff.....	90
1.7.1.2.	Im URG genannte Urheberpersönlichkeitsrechte.....	90
1.7.1.2.1.	Recht auf Erstveröffentlichung.....	91
1.7.1.2.2.	Recht auf Anerkennung der Urheberschaft .....	91
1.7.1.2.3.	Recht auf Schutz der Werkintegrität.....	92
1.7.1.2.4.	Übrige Urheberpersönlichkeitsrechte .....	94
1.7.2.	Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Verfügung über Urheberpersönlichkeitsrechte.....	94
1.7.2.1.	Verzicht auf ein Recht vs. Verzicht auf die Geltendmachung eines Rechts .....	94
1.7.2.2.	Verhältnisse bei der Creative-Commons-Lizenzierung.....	94
1.7.2.3.	Verzicht auf die Geltendmachung der Urheberpersönlichkeitsrechte .....	95



1.7.2.4.	Verzichtbarkeit der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse.....	95
1.7.2.5.	Übertragbarkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte.....	96
1.8.	Nutzungsrechte.....	98
1.8.1.	Vervielfältigung .....	99
1.8.2.	Verbreitung .....	100
1.8.2.1.	Begriff.....	100
1.8.2.2.	Erschöpfung.....	101
1.8.3.	Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht sowie Recht der Zugänglichmachung.....	107
1.8.4.	Sende- und Weitersenderecht sowie das Recht zur öffentlichen Wahrnehmbarmachung .....	108
1.9.	Rechteeinräumung an Dritte.....	108
1.9.1.	Allgemeines.....	108
1.9.2.	Verträge über noch nicht bekannte Nutzungsarten .....	110
2.	Vertragsrechtliche Fragestellungen.....	110
2.1.	Abgrenzungen .....	110
2.1.1.	Ein- oder zweiseitiges Rechtsgeschäft .....	110
2.1.2.	Vertrag oder Gefälligkeit .....	115
2.1.3.	Sachenrecht versus Immaterialgüterrecht .....	116
2.1.4.	Obligatorische versus dingliche Rechteeinräumung.....	116
2.2.	Qualifikation der vertraglichen Beziehung .....	117
2.2.1.	Vorliegen eines Innominatkontrakts .....	117
2.2.2.	Wesentliche Elemente des Creative-Commons-Vertrags .....	119
2.2.2.1.	Vertragsparteien.....	119
2.2.2.1.1.	Lizenzgeber.....	119
2.2.2.1.2.	Lizenznehmer.....	124
2.2.2.2.	Vertragsgegenstand.....	125
2.2.2.3.	Urheberrechtliche Werke und verwandte Schutzrechte .....	125
2.2.2.4.	Urheberrechtlich nicht (mehr) geschützte Inhalte .....	125
2.2.2.5.	Umfang der eingeräumten Rechte .....	126
2.2.2.6.	Eingeräumte Nutzungsrechte im Allgemeinen.....	128
2.2.2.7.	Bearbeitungsrecht im Besonderen .....	129
2.2.3.	Pflichten der Vertragsparteien.....	132
2.2.3.1.	Pflichten des Lizenzgebers .....	132

2.2.3.2.	Pflichten des Lizenznehmers .....	133
2.2.3.2.1.	Pflicht zum Hinweis auf die Lizenz und Mitlieferung der Lizenzbedingungen.....	134
2.2.3.2.2.	Pflicht zur Namensnennung.....	134
2.2.3.2.3.	Pflicht zur Weitergabe unter gleichen Bedingungen (Copyleft-Klausel) .....	138
2.2.3.2.4.	Unterlassungspflichten .....	141
2.2.4.	Zweck der Creative-Commons-Verträge .....	142
2.3.	Verhältnis zu gesetzlich geregelten Verträgen .....	142
2.3.1.	Kauf, Miete, Pacht und Werkvertrag .....	142
2.3.2.	Schenkung .....	144
2.3.3.	Gebrauchsleihe .....	145
2.3.4.	Unentgeltlicher Auftrag .....	146
2.3.5.	Einfache Gesellschaft.....	146
2.4.	Verhältnis zum Lizenzvertrag .....	147
2.4.1.	Merkmale des Lizenzvertrags .....	148
2.4.2.	Lizenzvertragsfremde Elemente der Creative-Commons-Verträge .....	149
2.5.	Eigene Stellungnahme .....	152
3.	Rechtsgrundlage des Creative-Commons-Vertrags .....	153
4.	Form .....	155
5.	Zustandekommen des Creative-Commons-Vertragsverhältnisses.....	157
5.1.	Problematik .....	157
5.2.	Zugang der Willenserklärungen .....	158
5.3.	Übereinstimmende Willenserklärungen .....	159
5.3.1.	Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt.....	159
5.3.2.	Austausch der Willenserklärungen.....	160
5.3.2.1.	Antrag .....	160
5.3.2.2.	Annahme .....	165
5.3.2.3.	Elektronisch übermittelte Erklärungen .....	168
5.4.	Falsche bzw. fehlende Vorstellung über die geäußerte Erklärung.....	168
5.5.	Fazit .....	170
6.	Creative-Commons-Vertragsbedingungen als AGB.....	170
6.1.	Allgemeines.....	170
6.2.	Übernahme der Creative-Commons-Vertragsbedingungen .....	172
6.2.1.	Allgemeines.....	172

6.2.2.	Hinweis auf die Creative-Commons-Lizenzbedingungen und Möglichkeit der Kenntnisanahme .....	173
6.2.3.	Einbezug fremdsprachiger Lizenzbedingungen .....	175
6.2.4.	Rolle der <i>Commons Deed</i> .....	176
6.2.4.1.	Allgemeines .....	176
6.2.4.2.	<i>Commons Deed</i> als Teil des Creative-Commons-Vertrags? .....	176
6.2.5.	Rolle der Übersetzungen bei den Lizenzen ab Version 4.0 .....	177
6.3.	Beurteilung einzelner Bestimmungen vor dem Hintergrund der Inhalts- und Auslegungskontrolle.....	178
6.3.1.	Keine kommerzielle Nutzung.....	178
6.3.2.	Haftungs- und Gewährleistungsausschluss .....	180
6.3.3.	Beendigungsregelung.....	182
7.	Folgen bei Verstoss des Lizenznehmers gegen den Lizenzvertrag.....	182
7.1.	Wegfall der Rechteeinräumung.....	183
7.2.	Ansprüche gemäss URG .....	185
7.3.	Fazit.....	188
8.	Kompatibilität der Creative-Commons-Lizenzen mit späteren Versionen und anderen Open-Content-Lizenzen .....	188
9.	Exkurs: Creative-Commons-Lizenzen im US-amerikanischen Recht.....	189
9.1.	Allgemeines.....	189
9.2.	<i>License</i> versus <i>Contract</i> .....	190
9.3.	US-amerikanische <i>consideration doctrine</i> .....	191
9.4.	Rechtsfolgen bei Verletzungshandlungen .....	193
9.5.	Widerrufsmöglichkeit auch bei Vorliegen einer verbindlichen Vereinbarung? ..	194
9.6.	Unterschiede im materiellen Urheberrecht.....	196
9.7.	Fazit.....	198
10.	Durchsetzung der Creative-Commons-Lizenzen .....	198
10.1.	Allgemeines.....	198
10.2.	Regelung im Lizenztext.....	198
10.3.	Binnensachverhalt .....	199
10.3.1.	Gerichtsstand.....	199
10.3.1.1.	Vertragsrechtliche Zuständigkeit.....	199
10.3.1.1.1.	Grundsatz .....	199
10.3.1.1.2.	Konsumentenstreitigkeit .....	201
10.3.1.2.	Immaterialgüterrechtliche Zuständigkeit.....	202

10.3.1.2.1. Bestandesklagen.....	202
10.3.1.2.2. Verletzungsklagen .....	202
10.3.1.3. Subjektive Klagehäufung, vorsorgliche Massnahmen .....	204
10.3.2. Anwendbares Recht .....	205
10.4. Internationales Verhältnis.....	205
10.4.1. Gerichtsstand.....	205
10.4.1.1. Allgemeines .....	205
10.4.1.2. Vertragsrechtliche Zuständigkeit.....	206
10.4.1.2.1. Grundsatz .....	206
10.4.1.2.2. Konsumentenstreitigkeit .....	208
10.4.1.3. Immaterialgüterrechtliche Zuständigkeit.....	212
10.4.1.3.1. Bestandesklagen .....	212
10.4.1.3.2. Verletzungsklagen .....	213
10.4.1.3.3. Beurteilung des Handlungs- und Erfolgsortes, insbesondere bei Verletzungshandlungen im Internet.....	214
10.4.1.4. Subjektive Klagehäufung, vorsorgliche Massnahmen .....	215
10.4.2. Anwendbares Recht .....	217
10.4.2.1. Trennung von Vertrags- und Immaterialgüterstatut .....	217
10.4.2.2. Sonderanknüpfung bei Vorliegen einer Verbrauchersache ..	218
10.4.2.3. Anwendbarkeit der Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG.....	219
10.4.2.4. Exkurs: Folgen der Streichung der Rechtswahlklausel nach Schweizer Recht .....	220
11. Anerkennung der Creative-Commons-Lizenzen durch Gesetzgeber und Gerichte .....	221
<b>Teil VI Problemfelder der Creative-Commons-Lizenzen .....</b>	<b>227</b>
1. Probleme bei der Zuordnung des Lizenzgegenstandes zum tatsächlichen Urheber .....	227
2. Problematik der Kennzeichnung des Lizenzgegenstandes .....	228
3. Beendigung eines Creative-Commons-Vertrags.....	229
3.1. Möglichkeit einer Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen .....	230
3.1.1. Befristetes oder unbefristetes Dauerschuldverhältnis? .....	230
3.1.2. Ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund .....	231
3.1.3. Vorliegen einer übermässigen Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB.....	232
3.2. Clausula rebus sic stantibus.....	234
3.3. Mängel bei Vertragsschluss.....	236

3.3.1.	Erklärungsirrtum (Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR).....	236
3.3.2.	Grundlagenirrtum (Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) .....	237
3.4.	Zwischenfazit .....	239
3.5.	Folgen der Kündbarkeit bzw. Anfechtbarkeit .....	240
3.5.1.	Problematik .....	240
3.5.2.	Rechtsfolgen.....	241
3.5.2.1.	Bei ausserordentlicher Kündigung aus wichtigem Grund ....	241
3.5.2.2.	Bei Bestehen einer übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB.....	242
3.5.2.3.	Bei Irrtumsanfechtung .....	242
3.6.	Fazit .....	243
4.	Abgrenzung der kommerziellen von der nichtkommerziellen Nutzung .....	244
4.1.	Problem .....	244
4.2.	Regelung in den Lizenztexten und Diskussion im Rahmen der Version 4.0 .....	244
4.3.	Regelung im Gesetz? .....	245
4.4.	CC-Studie .....	246
4.5.	Fazit .....	247
5.	Creative Commons und die kollektive Rechtewahrnehmung .....	248
5.1.	System der kollektiven Verwertung .....	248
5.1.1.	Zweck .....	248
5.1.2.	Abschluss von Wahrnehmungsverträgen .....	249
5.2.	Problematik .....	249
5.3.	Exkurs: Keine Rechteübertragung oder Exklusivlizenzierung im US- amerikanischen Verwertungsrecht .....	250
5.4.	Kartellrechtliche Aspekte des Verwertungsrechts .....	252
5.5.	Vorbehalt zugunsten der zwingenden kollektiven Verwertung in den Creative- Commons-Lizenztexten.....	253
5.6.	Vereinbarkeit des SUIA-Wahrnehmungsvertrags mit der Creative-Commons- Lizenzierung .....	254
5.6.1.	Werke im Sinne des SUIA-Wahrnehmungsvertrags .....	254
5.6.2.	Vom Wahrnehmungsvertrag erfasste Rechte .....	255
5.6.3.	Umfang der Rechteeinräumung .....	256
5.6.4.	Begründung der vollumfänglichen Rechteabtretung hinsichtlich sämtlicher Werke .....	256

5.6.5.	Auswirkungen des Wahrnehmungsvertrags auf die Creative-Commons-Lizenzierung.....	257
5.6.5.1.	Zustandekommen des Creative-Commons-Vertrags nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags .....	257
5.6.5.2.	Zustandekommen des Creative-Commons-Vertrags vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags .....	259
5.6.5.3.	Statuierung des Sukzessionsschutzes analog zu § 33 des deutschen UrhG? .....	260
5.6.5.4.	Pflicht zur Zahlung von Lizenzgebühren für bereits erfolgte Nutzung und Haftung des Lizenzgebers.....	262
5.6.6.	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 7 KG? .....	265
5.6.7.	Zwischenfazit .....	266
5.6.8.	Eigene Stellungnahme.....	268
5.7.	Möglichkeit der Vereinbarung der kollektiven Verwertung mit der Creative-Commons-Lizenzierung .....	269
5.7.1.	Lancierung von Pilotprojekten.....	269
5.7.2.	Niederlande als Beispiel.....	269
5.7.2.1.	Inhalt des Pilotprojekts .....	269
5.7.2.2.	Unterscheidung zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Nutzung im Rahmen des Pilotprojekts Buma/Stemra .....	270
5.7.2.3.	Resultat des Pilotprojekts Buma/Stemra .....	271
5.7.3.	Gründung einer Creative-Commons-Verwertungsgesellschaft .....	271
6.	Fazit.....	272
<b>Teil VII Verbreitung der Creative-Commons-Lizenzen sowie weitere Projekte von Creative Commons .....</b>		<b>274</b>
1.	Verbreitung der Creative-Commons-Lizenzen .....	274
1.1.	Verbreitung.....	274
1.2.	Einsatzgebiete.....	274
1.3.	Wikipedia als Beispiel.....	275
2.	Weitere Projekte von Creative Commons .....	277
2.1.	Allgemeines.....	277
2.2.	CC+ .....	277

2.2.1.	Erweiterung der Creative-Commons-Lizenzierung durch Einräumung zusätzlicher Rechte.....	277
2.2.2.	Beurteilung.....	277
2.3.	CC0.....	278
2.3.1.	Begriff und Ziel.....	278
2.3.2.	Inhalt und Form der Erklärung.....	278
2.3.3.	Rechtsnatur und Gültigkeit nach Schweizer Recht.....	279
2.3.3.1.	Rechtsnatur .....	279
2.3.3.2.	Gültigkeit .....	280
2.3.3.2.1.	Zulässigkeit des Verzichts auf das Urheberrecht in der Schweiz.....	280
2.3.3.2.2.	Gültige Erklärung .....	281
2.3.4.	Umfang des Rechtsverzichts .....	282
2.3.5.	Wirkung des Rechtsverzichts auf die Rechte Dritter .....	283
2.3.6.	Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags mit einer Verwertungsgesellschaft .....	283
2.3.7.	Fazit.....	284
<b>Teil VIII Schlussbetrachtung .....</b>		<b>285</b>
<b>Anhang A .....</b>		<b>290</b>
<b>Anhang B.....</b>		<b>298</b>
<b>Anhang C .....</b>		<b>305</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a	alte Fassung der betreffenden Vorschrift/des betreffenden Gesetzes
A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt (EU)
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
a.M.	anderer Meinung; am Main
AppH	Appellationshof
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidgenössische Gesetzessammlung)
ASCAP	American Society of Composers, Authors and Publishers, New York
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht = Etudes de droit suisse (Bern)
AT	Allgemeiner Teil
Az.	Aktenzeichen
BBl.	Bundesblatt
Bd./Bde.	Band/Bände
BE	Bern
B.	Bericht
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar, s. Literaturverzeichnis
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar, s. Literaturverzeichnis
BT	Besonderer Teil
BTM	Beobachtungsstelle für technische Massnahmen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999 (SR 101)
BUMA	Het Bureau voor Muziek-Auteursrecht, Amstelveen (NL)
BY	Namensnennung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CA	Title 17 United States Code, Copyright Act von 1976
CASS	Rat der schweizerischen wissenschaftlichen Akademien
CC	Creative Commons
CCH Trade Cas.	Commercial Clearing House Trade Cases
CC REL	Creative Commons Rights Expression Language
CD	Compact Disc
CC0	Creative Commons Zero
CC+	Creative Commons Plus
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago Kent Law Review (Chicago)
Cir.	Circuit
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review (New York)
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review (Ithaca)
CR	Computer und Recht (Köln)
CRUS	Rektorenkonferenz der Schweizer Universitäten
C3S	Cultural Commons Collecting Society
D	Digesta
Dec.	December
DesG	Bundesgesetz vom 05.10.2001 über den Schutz von Design (Designgesetz; SR 232.12)
DFSG	Debian Free Software Guidelines
d.h.	das heisst



Diss.	Dissertation
DMCA	Digital Millenium Copyright Act von 1998
DRM	Digital Rights Management
dt.	deutsch(e)
D-UrhG	Gesetz (der Bundesrepublik Deutschland) über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte vom 09.09.1965
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt (Köln)
D-WahrnG	Gesetz (der Bundesrepublik Deutschland) über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 09.09.1965
E	Entwurf
E.	Erwägung(en)
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
endg.	endgültig
engl.	englisch
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera = usw.
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof in Luxemburg
EuGV(V)O	(Europäische) Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, s. Materialienverzeichnis
EuGVÜ	(Europäisches) Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, s. Materialienverzeichnis
EUR	Euro
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (Zürich)
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende
FDL	Free Documentation License
FM	Frequency modulation
FN	Fussnote
FS	Festschrift
FSF	Free Software Foundation
gem.	gemäss
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, Berlin
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review (Arlington)
GestG	Bundesgesetz vom 24.03.2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz; aufgehoben durch Schweiz. ZPO)
GFDL	GNU Free Documentation License
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GNU	GNU's Not Unix
GPL	General Public License
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim D)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz, Internationaler Teil (Weinheim D)
Habil.	Habilitationsschrift
Hadopi-Gesetz	Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l'Internet
Halbs.	Halbsatz
Hamline L. Rev.	Hamline Law Review (St. Paul)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Cambridge)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber/in
hrsg.	herausgegeben
HTML	Hypertext Markup Language

http	Hyper Text Transport Protocol
i.d.R.	in der Regel
IFPI	International Federation of the Phonographic Industry, London
Inc./inc.	Incorporated
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IP	Internet Protocol
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld)
IPRG	Bundesgesetz vom 18.12.1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
IT	Information Technology
i.V.m.	in Verbindung mit
J. L. & Econ.	The Journal of Law and Economics (Chicago)
Kap.	Kapitel
KFH	Konferenz der Fachhochschulen der Schweiz
KG	Bundesgesetz vom 06.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251)
KGer	Kantonsgericht (gefolgt von der amtlichen Abkürzung des Kantons [Bsp.: KGer GR])
KUKO	Kurzkommentar, s. Literaturverzeichnis
lat.	lateinisch
LG	Landgericht
LGPL	Lesser General Public License
lit.	litera = Buchstabe
LugÜ	Lugano-Übereinkommen vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen; SR 0.275.12)
m.a.W.	mit anderen Worten
mbH	mit beschränkter Haftung
m.E.	meines Erachtens
Media and Arts L. Rev.	Media and Arts Law Review (Melbourne)
medialex	Zeitschrift für Medienrecht (Bern)
medien & recht	Zeitschrift für Medien und Kommunikationsrecht (Wien)
MIT	Massachusetts Institute of Technology (Cambridge)
MMR	MultiMedia und Recht (München)
MSchG	Bundesgesetz vom 28.08.1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz; SR 232.11)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Note(n); Randnote(n)
NC	Non Commercial (Nicht kommerziell)
ND	No Derivative (Keine Bearbeitung)
NF	Neue Folge = Nouvelle série
No.	Number
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGer	Obergericht (gefolgt von der amtlichen Abkürzung des Kantons [Bsp.: OGer ZH])
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Wien)
OpenDOAR	The Directory of Open Access Repositories
OR	Bundesgesetz vom 30.03.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
OSI	Open-Source-Initiative
OSS	Open-Source-Software

PatG	Bundesgesetz vom 25.06.1954 betreffend die Erfindungspatente (Patentgesetz; SR 232.14)
ProLitteris	Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur und bildende Kunst, Genossenschaft (Zürich)
Ratsdok.	Ratsdokument
RBÜ	Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, s. Materialienverzeichnis
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
REL	Rights Expression Language
resp.	respektive
RKGE	Rekurskommission für geistiges Eigentum
RL	Richtlinie
Rom-Abkommen	Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, s. Materialienverzeichnis
Rs.	Rechtsache
s.	siehe
S.	Seite(n); Satz
SA	Share Alike (Weitergabe unter gleichen Bedingungen)
S.D.N.Y.	District Court for the Southern District of New York
Sec.	Section
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich, bis 1996: SMI, s. dort)
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Basel)
SJ	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SKPH	die Schweizerische Konferenz der Rektorinnen und Rektoren der Pädagogischen Hochschulen
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (Zürich, seit 1997: sic!, s. dort)
SNF	Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung
SoSchG	Bundesgesetz vom 20.03.1975 über den Schutz von Pflanzenzüchtungen (Sortenschutzgesetz; SR 232.16)
sog.	so genannt(e/s)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
SSA	Société Suisse des Auteurs
Stanford L. Rev.	Stanford Law Review (Stanford)
STEMRA	Stichting tot Uitoefening en Handhaving van Mechanische Reproductierechten der Auteurs, Amstelveen (NL)
SUISA	Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik
SUISSIMAGE	Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken
SWISSPERFORM	Gesellschaft für Leistungsschutzrechte
Tagungsbd.	Tagungsband
Tex. L. Rev.	Texas Law Review (Austin)
ToG	Bundesgesetz vom 09.10.1992 über den Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen (Topografiengesetz; SR 231.2)
TPM	Technical Protection Measures
Trade Cas.	Trade Cases (Sammlung des Commerce Clearing House)
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, s. Materialienverzeichnis
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review (New Orleans)
u.a.	und andere(s); unter anderem/n
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review (Chicago)
US/U.S.	United States
U.S.C.	United States Code
u.U.	unter Umständen
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Bern)

UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
URG	Bundesgesetz vom 09.10.1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz; SR 231.1)
URV	Verordnung vom 26.04.1993 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsverordnung, SR 231.11)
UWG	Bundesgesetz vom 19.12.1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VARA	Visual Artists Act of 1990
v	Version (gefolgt von einer Zahl, z.B. v2 = Version 2)
v.	versus
v.Chr.	vor Christus
VE	Vorentwurf
VerwG	Bundesgesetz betreffend die Verwertung von Urheberrechten vom 25.09.1940
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOIP	Voice over Internet Protocol)
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
WCT	WIPO Copyright Treaty, s. Materialienverzeichnis
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty, s. Materialienverzeichnis
WWW	World Wide Web
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
ZIK	Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich (Zürich)
zit.	zitiert
ZivGer	Zivilgericht
ZK	Zürcher Kommentar, s. Literaturverzeichnis
ZORA	Zurich Open Repository and Archive
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
z.T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Baden-Baden)

## Literaturverzeichnis

- ABELSON HAL/ADIDA BEN/LINKSVAYER MIKE/YERGLER NATHAN, CC REL: The Creative Commons Rights Expression Language, in: DULONG DE ROSNAY MELANIE/DE MARTIN JUAN CARLOS (Hrsg.), The Digital Public Domain, Cambridge 2012, 149 ff.
- ACKERMANN THOMAS/BURI UELI, Der Fotografenvertrag als Konsumentengeschäft, recht 1998, 144 ff.
- AEBERHARD MARCEL, Rechtsnatur und Ausgestaltung der Patentlizenz im deutschen, französischen und schweizerischen Recht, Bern 1952 = Diss. Bern 1951
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeits-schutzes, ASR NF Heft 710, Habil. Bern 2005
- ANDERSON CHRIS, The Long Tail – Why the Future of Business Is Selling Less of More, 2. A. New York 2008
- ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S./GNOS URS P., Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter Berücksichtigung unerlaubter Handlungen, AJP 2000, 277 ff.
- BÄCHLI MARC, Das Recht am eigenen Bild, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Bd. 60, Basel/Genf/München 2002 = Diss. Basel 2002
- BACHMANN BIRGIT, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im Internet, IPRax 1998, 179 ff.
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Baker & McKenzie)
- BALL RAFAEL, Open Access – die Revolution im wissenschaftlichen Publizieren?, in: BEKAVAC BERNARD/HERGET JOSEF/MARC RITTBERGER (Hrsg.), Informationen zwischen Kultur und Marktwirtschaft, Konstanz 2004, 413 ff.
- BALSCHKEIT PHILIPP, Konsumvertragsrecht und E-Commerce, Bern 2005 = Diss. Basel 2003/2004
- BÄR ROLF, Das Internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/1 (Grundlagen), 2. A. Basel/Genf/München 2002, 123 ff. (zit.: BÄR, Internationales Privatrecht, SIWR I/1)
- BARLOW JOHN PERRY, The Next Economy Of Ideas, Wired 8.10., Oktober 2000, 240 ff., [http://www.wired.com/wired/archive/8.10/download\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/8.10/download_pr.html)<sup>1</sup>
- BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. A. Bern 2008
- BARUCH PIERRE/LALOË FRANCK/PRADERIE FRANÇOISE, La science, c'est aussi de la culture, Le Monde, 13.01.2006
- BAUMGARTNER TOBIAS, Privatvervielfältigung im digitalen Umfeld, ZIK Bd. 34, Diss. Zürich 2006
- BECHTOLD STEFAN, Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2008, 484 ff. (zit.: BECHTOLD, GRUR Int. 2008)
- BECHTOLD STEFAN, Das Urheberrecht und die Informationsgesellschaft, in: HILTY RETO M./PEUKERT ALEXANDER (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 67 ff. (zit.: BECHTOLD, Informationsgesellschaft)
- BECHTOLD STEFAN, Vom Urheber- zum Informationsrecht – Implikationen des Digital Rights Management, Schriftenreihe Information und Recht Bd. 33, München 2002 = Diss. Tübingen 2001 (zit.: BECHTOLD, DRM)
- BECKEDAHN MARKUS/LÜKE FALK, Die digitale Gesellschaft, München 2012
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. A. Bern 2012 (zit.: B. BERGER, Schuldrecht)
- BERGER CHRISTIAN, Rechtliche Grundlagen elektronischer Leseplätze in Bibliotheken unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinsamen Vorschlags des Deutschen Bibliotheksverbands und des Börsenvereins zu einem § 52b UrhG („Leipziger Verständigung“) vom 23. März 2007 (zit.: C. BERGER, Leseplätze)

---

<sup>1</sup> Internetadressen letztmals überprüft am 05.10.2012.

- BERGER CHRISTIAN, Die internationale Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen in Internet-Websites aufgrund des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO, GRUR Int. 2005, 465 ff. (zit.: C. BERGER, GRUR Int. 2005)
- BERGER CHRISTIAN, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 ff. (zit.: C. BERGER, GRUR 2002)
- BERGER MATHIS, Entwicklungen im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht/Le point sur le droit de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale, SJZ 2012, 401 ff. (zit.: M. BERGER, SJZ 2012)
- BERGER MATHIS, Irrtum: Das Urheberrecht regelt den Schutz von Urheberinnen und Urhebern von Werken der Literatur und Kunst, in: BERGER MATHIS/MACCIACCHINI SANDRO (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht – FS für Reto M. Hilty, Zürich 2008, 3 ff. (zit.: M. BERGER, Irrtümer)
- BERGER MATHIS, Durchsetzung der Lizenz gegenüber Dritten, sic! 2005, 163 ff. (zit.: M. BERGER, Lizenz)
- BEUTLER STEPHAN, Multimedia und Urheberrecht, ASR NF Heft 619, Diss. Bern 1998
- BK-BEARBEITER/-IN, in: HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern ab 1901
- BOYLE JAMES, Shamans, Software, & Spleens – Law and the Construction of the Information Society, Cambridge 1997
- BRANDENBERG BRANDL BEATRICE, Direkte Zuständigkeit der Schweiz im internationalen Schuldrecht, St. Galler Studien zum internationalen Recht, Bd. 6, Diss. St. Gallen 1991
- BRAUN NORA, Die Gestaltung von Systemen zur Digitalen Rechteverwaltung aus Sicht der Tonträgerhersteller, in: ROBNAGEL ALEXANDER (Hrsg.), Digitale Rechteverwaltung – Eine gelungene Allianz von Recht und Technik?, Baden-Baden 2009, 53 ff.
- BREINING-KAUFMANN CHRISTINE/WEBER ROLF H., Grundrechtsdimensionen im Urheberrecht? Zugleich Besprechung von: Christophe Geiger, Droit d’auteur et droit public à l’information, Paris 2004, sic! 2005, 415 ff.
- BREYER STEPHEN, The Uneasy Case for Copyright – A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs, 84 Harv. L. Rev. 1970, 281 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000
- BRÜGGER PAUL, Individuum und Gesellschaft im Urheberrecht, Studien zum Immaterialgüterrecht Bd. 9, Basel 1970 = Diss. Freiburg 1970
- BRÜNING JOCHEN/KUHLEN RAINER, Creative Commons – Ein Stück Autonomie in der Wissenschaft zurückgewinnen, in: BEKAVAC BERNARD/HERGET JOSEF/RITTBERGER MARC (Hrsg.), Informationen zwischen Kultur und Marktwirtschaft, Konstanz 2004, 459 ff.
- BRUNNER ALEXANDER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591 ff.
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/St. Gallen 2011 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Brunner/Gasser/Schwander)
- BRUNS AXEL, Blogs, Wikipedia, Second Life, and Beyond – From Production to Produsage, New York 2008
- BSK IPRG-BEARBEITER/IN, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER/STEPHEN V. BERTI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. A. Basel 2007
- BSK LugÜ-BEARBEITER/IN, in: CHRISTIAN OETIKER/THOMAS WEIBEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Lugano Übereinkommen, Basel 2011
- BSK OR I-BEARBEITER/IN, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM P. VOGT/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 5. A. Basel 2011
- BSK OR II-BEARBEITER/IN, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM P. VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Kommentar zum Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), 4. A. Basel 2012
- BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), 4. A. Basel 2010
- BSK ZGB II-BEARBEITER/IN, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM P. VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB), 4. A. Basel 2011
- BSK ZPO-BEARBEITER/IN, in: SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010

- BÜHLER LUKAS, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Diss. Freiburg 1999
- BUSER-GORA JUSTYNA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 241, Zürich 2012 = Diss. Zürich 2010
- CEREGHETTI LEONARDO, Disclaimers und Haftungsfreizeichnungen im E-Commerce, sic! 2002, 1 ff.
- CHERPILLOD IVAN, Geltungsbereich, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 3 ff. (zit.: CHERPILLOD, Geltungsbereich, SIWR II/1)
- CHERPILLOD IVAN, Rechtsübergang und Zwangsvollstreckung, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 229 ff. (zit.: CHERPILLOD, Rechtsübergang, SIWR II/1)
- CHERPILLOD IVAN, Schranken des Urheberrechts, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 259 ff. (zit.: CHERPILLOD, Schranken, SIWR II/1)
- CHERPILLOD IVAN, La fin des contrats de durée, Lausanne 1988 (zit.: CHERPILLOD, contrats de durée)
- CLARK CHARLES, The Answer to the Machine is in the Machine, in: HUGENHOLTZ P. BERNT (Hrsg.), The Future of Copyright in a Digital Environment, The Hague/London/Boston, 1996, 139 ff.
- COASE RONALD H., The Nature of Firm, 4 *Economica* 1937, 386 ff.
- CODONI STEFANO, Zur Anwendbarkeit des Grundsatzes des Vorranges der absoluten Rechte gegenüber den relativen Rechten im Immaterialgüterrecht und insbesondere im Urheberrecht, SJZ 1999, 2 ff.
- COING HELMUT, Europäisches Privatrecht, Bd. I, München 1985 (zit.: Coing I)
- COING HELMUT, Europäisches Privatrecht, Bd. II, München 1989 (zit.: Coing II)
- CREATIVE COMMONS CORPORATION, The Power of Open, 2011, <http://thepowerofopen.org>
- CROSKERY PATRICK, Institutional Utilitarianism and Intellectual Property, 68 *Chi.-Kent L. Rev.* 1993, 631 ff.
- DALLAFIOR ROBERT/GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA, Überblick über die wichtigsten Änderungen des Lugano-Übereinkommens, SJZ 2008, 105 ff.
- DAMMERS OLIVER, Die Wirksamkeit einer technischen Massnahme und ihre Umgehung, Schriftenreihe Strafrecht in Forschung und Praxis, Bd. 198, Hamburg 2011 = Diss. Köln 2010
- DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. A. Bern 2011 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Dasser/Oberhammer)
- DAVID LUCAS/FRICK MARKUS R./KUNZ OLIVER M./STUDER MATTHIAS U./ZIMMERLI DANIEL, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, 3. A. Basel/Genf/München 2011 (zit.: DAVID ET AL., SIWR I/2)
- DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. A. Bern 2012
- DEGEN THOMAS A./DEISTER JOCHEN, Computer- und Internetrecht, Stuttgart 2009
- DEIKE THIES, Open Source Software: IPR-Fragen und Einordnung ins deutsche Rechtssystem, CR 2003, 9 ff.
- DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelles, 4. A. Bern 2001
- DESSEMENTET FRANÇOIS, Inhalt des Urheberrechts, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 175 ff. (zit.: DESSEMENTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/1)
- DESSEMENTET FRANÇOIS, Le droit d’auteur, Lausanne 1999 (zit.: DESSEMENTET, Droit d’auteur)
- DE WERRA JACQUES, Le droit à l’intégrité de l’oeuvre, ASR NF Heft 597, Bern 1997 = Diss. Lausanne 1997 (zit.: DE WERRA, Intégrité)
- DE WERRA JACQUES, Le multimédia en droit d’auteur, SMI 1995, 237 ff. (zit.: DE WERRA, SMI 1995)
- DIETZ ADOLF, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, 1978
- DÖLEMAYER BARBARA/KLIPPEL DIETHELM, Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, in: KRAFT ALFONS/SCHRICKER GERHARD/WADLE ELMAR

- (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, FS zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihre Zeitschrift, Bd. I, Weinheim 1991, 185 ff.
- DREIER THOMAS, in: DREIER THOMAS/SCHULZE GERNOT, Urheberrechtsgesetz – Kommentar, München 2008 (zit.: DREIER, in: Dreier/Schulze)
- DREIER THOMAS, Creative Commons. Science Commons – Ein Paradigmenwechsel im Urheberrecht?, in: OHLY ANSGAR/BODEWIG THEO/DREIER THOMAS/GÖTTING HORST-PETER/HAEDICKE MAXIMILIAN/LEHMANN MICHAEL (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, FS für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, 283 ff. (zit.: DREIER, Paradigmenwechsel)
- DREIER THOMAS, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 28 ff. (zit.: DREIER, ZUM 2002)
- DREIER THOMAS, Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends, CR 2000, 45 ff. (zit.: DREIER, CR 2000)
- DUTOIT BERNARD, Droit international privé suisse – Commentair de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4. A. Basel 2005
- EBERLE MATTHIAS, Fest im Griff – Netze und Menschen, in: LUTTERBECK BERND/BÄRWOLFF MATTHIAS/GEHRING ROBERT A. (Hrsg.), Open Source Jahrbuch 2008, Berlin 2008, 279 ff.
- EGGER RAHEL, Vertragliche Pflichten der Betreiber von unentgeltlichen Web-Suchmaschinen, AJP 2008, 1339 ff.
- EGLOFF WILLI, Zur Notwendigkeit eines Forschungsprivilegs, medialex 2009, 11 ff. (zit.: Egloff, medialex 2009)
- EGLOFF WILLI, Das Urheberrecht und der Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen, sic! 2007, 705 ff. (zit.: EGLOFF, sic! 2007)
- EGLOFF WILLI, Revisionsbedarf beim urheberrechtlichen Eigengebrauch?, medialex 2006, 35 ff. (zit.: EGLOFF, medialex 2006)
- EGLOFF WILLI, Rechtsgemeinschaften an verwandten Schutzrechten, sic! 1999, 539 ff. (zit.: EGLOFF, sic! 1999)
- EGLOFF WILLI, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht in der audiovisuellen Produktion, sic! 1998, 14 ff. (zit.: sic! 1998)
- ELLINS JULIA, Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 1997 = Diss. München 1996
- EMES JUTTA, Unternehmergewinn in der Musikindustrie, Neue betriebswirtschaftliche Forschung, Bd. 328, Wiesbaden 2004 = Habil. Würzburg 2003
- FEHLBAUM PASCAL/LATTMANN STEPHANIE S., Schranken und anwendbares Recht bei Urheberrechtsverletzungen auf dem Internet, sic! 2009, 370 ff.
- FENNERS HENK/KÜFFER ERROL, Gerichtliche Rechtsanwendung bei Innominatverträgen, ius.full 2002, 4 ff.
- FERRARI HOFER LORENZA, Die Anknüpfung von internationalen Lizenzverträgen, in: LORANDI FRANCO/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Innovatives Recht, FS für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, 505 ff.
- FERRIELL JEFF, Understanding Contracts, 2. A. New Providence, 2009
- FIEBIG HENRIETTE (Hrsg.), Wikipedia – Das Buch, Berlin 2005 (zit.: FIEBIG ET AL.)
- FLECHSIG NORBERT, Aus der Zukunft an die Gegenwart – Zu den Erfordernissen einer angemessenen Vergütung für die Nutzung im Internet: Kulturflatrate, in: HILTY RETO M./DREXL JOSEF/NORDEMANN WILHELM (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb, FS für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009, 97 ff.
- FLEW TERRY, Creative Commons and the creative industries, 10 Media and Arts L. Rev. 2005, 257 ff.
- FREI OLIVER, Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet, Diss. Zürich 2001
- FRIEDMAN DAVID D., Law's Order – What Economics Has to Do with Law and Why It Matters, Princeton 2000
- FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Open Source Compliance, Jusletter 12.11.2012 (zit.: FRÖHLICH-BLEULER, Jusletter 2012)



- FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Urheber- und vertragsrechtliche Aspekte der Open Source Software, in: JÖRG FLO-  
RIAN S./ARTNER OLIVER (Hrsg.), IT-Verträge, 10. Tagungsbd., Bern 2007, 179 ff. (zit.: FRÖHLICH-  
BLEULER, OSS)
- FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse des EDV-Anwenders, AJP 1995, 569 ff.  
(zit.: FRÖHLICH-BLEULER, AJP 1995)
- FROMHOLZER FERDINAND, consideration, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 57,  
Tübingen 1997 = Diss. Regensburg 1996
- GARON JON M., Normative Copyright – A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics, 88 Cor-  
nell L. Rev. 2003, 1278 ff.
- GASSER CHRISTOPH, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, ASR NF Heft 604, Diss. Bern 1997
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. A. Zürich 2011
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht,  
Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bde., 9. A. Zürich 2008
- GEIGER CHRISTOPHE, The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information  
Society, Copyright Bulletin, Januar-März 2007, 1 ff. (zit.: GEIGER, Three-Step Test)
- GEIGER CHRISTOPHE, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechts-  
natur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int. 2004, 815 ff. (zit.: GEIGER, GRUR Int. 2004)
- GEIGER CHRISTOPHE, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Be-  
schränkungen des Urheberrechts, in: HILTY RETO M./PEUKERT ALEXANDER (Hrsg.), Interessenausgleich im  
Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 143 ff. (zit.: GEIGER, Grundrechte)
- GEIMER REINHOLD/SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. A. München 2010
- GEISER THOMAS, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basler Studien zur Rechtswis-  
senschaft, Reihe A: Privatrecht, Bd. 21, Habil. Basel 1990
- GERLACH CARSTEN, Praxisprobleme der Open-Source-Lizenzierung, CR 2006, 649 ff.
- GIESEKE LUDWIG, Vom Privileg zum Urheberrecht, Baden-Baden, 1995
- GILLIÉRON PHILIPPE, La gestion numérique des droits (DRM) dans les législations nationales, sic! 2004, 281 ff.
- GINSBURG JANE C., Copyright and Control over New Technologies of Dissemination, 101 Colum. L. Rev. 2001,  
1613 ff. (zit.: GINSBURG, Copyright and Control)
- GINSBURG JANE C., A Tale of Two Copyrights – Literary Property in Revolutionary France and America, 64  
Tul. L. Rev. 1990, 991 ff. (zit.: GINSBURG, Tale of Two Copyrights)
- GIRSBERGER MICHAEL, Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht, Bern 2007 = Diss. Luzern 2006
- GOLDHAMMER KLAUS, Wissensgesellschaft und Informationsgüter aus ökonomischer Sicht, in: HOFMANN JEA-  
NETTE (Hrsg.), Wissen und Eigentum, Bonn 2006, 81 ff.
- GOLDMANN BETTINA C., Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte in den USA und Deutschland,  
Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Patent-,  
Urheber- und Wettbewerbsrecht Heft 39, München 2001 = Diss. München 1999/2000
- GOMULKIEWICZ ROBERT W./NGUYEN XUAN-THAO/CONWAY DANIELLE M., Licensing Intellectual Property –  
Law and Application, 2. A. Austin 2011
- GÖTTING HORST-PETER/FIKENTSCHER ADRIAN, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, in: ASSMANN  
HEINZ-DIETER/BUNGERT HARTWIN (Hrsg.), Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts-  
und Wirtschaftsrechts, Bd. 1, München 2001
- GOTTSCHALK ECKART, Das Ende von „fair use“? – Technische Schutzmassnahmen im Urheberrecht der USA,  
MMR 2003, 148 ff.
- GOVONI CARLO, Die Bundesaufsicht über die Verwertungsgesellschaften, ZSR 1993 I, 223 ff.
- GOVONI CARLO/STEBLER ANDREAS, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in:  
VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd.  
II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 409 ff.  
(zit.: GOVONI/STEBLER, kollektive Verwertung, SIWR II/1)

- GRABER CHRISTOPH BEAT, Beobachtungsstelle für technische Massnahmen im Urheberrecht: erste Erfahrungen und Prüfung von Handlungsbedarf im Bereich der Wissenschaft, sic! 2010, 329 ff.
- GRASSMUCK VOLKER, Wissenskontrolle durch DRM: Von Überfluss zu Mangel, in: HOFMANN JEANETTE (Hrsg.), Wissen und Eigentum, Bonn 2006, 164 ff. (zit.: GRASSMUCK, DRM)
- GRASSMUCK VOLKER, Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, ZUM 2005, 104 ff. (zit.: GRASSMUCK, ZUM 2005)
- GRONER ROGER, Beweisrecht, Bern 2011
- GROSS BALZ, Konsumentenverträge (Art. 22 GestG), in: GAUCH PETER/THÜRER DANIEL (Hrsg.), Symposium zum schweizerischen Recht – Zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2002, 97 ff.
- GUT BALZ A., Rechtsgeschäftliche Verfügung über Urheberrechte an Markenbasiskonzepten, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 58, Bern 2001 = Diss. Zürich 2000
- HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 18, Zürich 2007 = Diss. Luzern 2007
- HAHN ANNE-CATHERINE, Vertragsschluss im Internet – Ausgewählte Fragen, in: HOEREN THOMAS/QUECK ROBERT (Hrsg.), Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, Berlin 1999, 146 ff.
- HALPERN SHELDON W./NARD CRAIG ALLEN/PORT KENNETH L., Fundamentals of United States Intellectual Property Law – Copyright, Patent, Trademark, 3. A. Alphen aan den Rijn 2011
- HALPERN SHELDON W./SHIPLEY DAVID E./ABRAMS HOWARD B., Copyright, St. Paul 1992
- HAMMOND ROBERT G., Profit Leak? Pre-Release File Sharing and the Music Industry, Working paper, North Carolina State University, Mai 2012
- HANSEN GERD, Warum Urheberrecht?, Abhandlungen zum Urheber- und Kommunikationsrecht des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München, Bd. 53, Baden-Baden 2009 = Diss. München 2008
- HÄUPTLI MATTHIAS, Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A, Privatrecht Bd. 75, Diss. Basel 2004
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A. Bern 2008
- HAY PETER, US-amerikanisches Recht, 5. A. München 2011
- HEFTI ERNST, Die Tätigkeit der schweizerischen Verwertungsgesellschaften, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 515 ff. (zit.: HEFTI, SIWR II/1)
- HEINE ROBERT, Wahrnehmung von Online-Musikrechten durch Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt, Schriften zum europäischen Urheberrecht, Bd. 7, Berlin 2008 = Diss. Potsdam 2007
- HERTIN PAUL W., Grundlagen des Musikkopierrechts, in: MOSER ROLF/SCHEUERMANN ANDREAS (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 6. A. Starnberg/München 2003, 771 ff.
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegung, AJP 2012, 1188 ff.
- HEUN SVEN-ERIK, Die elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595 ff.
- HIESTAND THOMAS, Der Wahrnehmungsvertrag, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Bd. 35, Bern 1994 = Diss. Zürich 1993
- HIETANEN HERKKO, The Pursuit of Efficient Copyright Licensing – How Some Rights Reserved Attempts to Solve the Problems of All Rights Reserved, Diss. Lappeenranta 2008
- HILTI CHRISTIAN, Die „ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung“ der Bösgläubigkeit – der Anfang vom Ende des Gewinnherausgabeanspruchs?, AJP 2006, 695 ff.
- HILTY RETO M., Urheberrecht, Bern 2011 (zit.: HILTY, Urheberrecht)
- HILTY RETO M., Sündenbock Urheberrecht?, in: OHLY ANSGAR/KLIPPEL DIETHELM (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, 107 ff. (zit.: HILTY, Sündenbock)

- HILTY RETO M., Der Verlagsvertrag, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 557 ff. (zit.: HILTY, Verlagsvertrag, SIWR II/1)
- HILTY RETO M., Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179 ff. (zit.: HILTY, GRUR Int. 2006)
- HILTY RETO M., Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft, MMR 2003, 3 ff. (zit.: HILTY, MMR 2003)
- HILTY RETO M., Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: „Wer will was von wem woraus?“ – Ein Auftakt zum „zweiten Korb“, ZUM 2003, 983 ff. (zit.: HILTY, ZUM 2003)
- HILTY RETO M., Lizenzvertragsrecht, Bern 2001 = Habil. Zürich 2003 (zit.: HILTY, Lizenzvertragsrecht)
- HILTY RETO M., Der Schutz von Computerprogrammen – nationale und internationale Normen auf dem Prüfstand des Internets, sic! 1997, 128 ff.
- HILTY RETO M., Rechtsdogmatisches zur Übertragung von Urheberrechten und gewerblichen Schutzrechten, insbesondere zur Frage des Gutgläubensschutzes obligatorisch Berechtigter, SMI 1992, 211 ff. (zit.: HILTY, SMI 1992)
- HILTY RETO M./KUR ANNETTE/KLASS NADINE/GEIGER CHRISTOPHE/PEUKERT ALEXANDER/DREXL JOSEF/KATZENBERGER PAUL, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, GRUR Int. 2008, 907 ff.
- HILTY RETO M./SEEMANN MATTHIAS, Open Access – Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht – Rechtsgutachten im Auftrag der Universität Zürich, Zürich 2009, [http://www.oai.uzh.ch/images/PDFs/OA\\_Rechtsgutachten\\_Hilty.pdf](http://www.oai.uzh.ch/images/PDFs/OA_Rechtsgutachten_Hilty.pdf)
- HOEREN THOMAS, Was bleibt vom Urheberrecht im Zeitalter von Filesharing und Facebook?, EuZ 2012, 2 ff. (zit.: HOEREN, EuZ 2012)
- HOEREN THOMAS, High-noon im europäischen Immaterialgüterrecht, MMR 2003, 299 ff. (zit.: HOEREN, MMR 2003)
- HOEREN THOMAS, Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, 3 ff. (zit.: HOEREN, Urheberrecht 2000)
- HOEREN THOMAS, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegungen zum Zwischenstand in der Diskussion, MMR 2000, 515 ff. (zit.: HOEREN, EU-Richtlinie)
- HOLZBACH CHRISTOPH/SÜßENBERGER CHRISTOPH, Tätigkeit im Netz, in: MORITZ HANS-WERNER/DREIER THOMAS (Hrsg.), Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. A. Köln 2005, 351 ff.
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht Art. 1-529, Basel 2008 (zit.: KUKO OR-BEARBEITER)
- HONSELL HEINRICH/PIETRUSZAK THOMAS, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, 771 ff.
- HUBMANN HEINRICH, Immanuel Kants Urheberrechtstheorie, UFITA 106, Bern 1987, 145 ff.
- HUG KETTMEIR GITTI, Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 136, Bern 1998, 151 ff.
- HUGUENIN CLARIE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012
- HUNGER PATRICK, Die Begründung der Geschäftsverbindung im Internet-Banking, Schweizer Schriften zum Bankrecht, Bd. 60, Zürich 2000 = Diss. Zürich 1999
- HUNZIKER MANFRED, Immaterialgüterrechte nach dem Tode des Schöpfers, Schriften zum Medienrecht, Bd. 12, Bern 1983 = Diss. Zürich 1983
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. A. Zürich 2010
- HYZIK MICHAEL, Das neue „private“ Urheberrecht für das digitale Umfeld, sic! 2001, 107 ff.
- JAEGER TILL, Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht, in: HILTY RETO M./PEUKERT ALEXANDER (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 47 ff.
- JAEGER TILL/METZGER AXEL, Open Source Software, 3. A. München 2011 (zit.: JAEGER/METZGER, OSS)

- JAEGER TILL/METZGER AXEL, Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431 ff. (zit.: JAEGER/METZGER, MMR 2003)
- JANN MARTIN PH., Werkeinheit und Werkmehrheit im Urheberrecht, Diss. Zürich 1999
- JOOS ULRICH, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht, München 1991
- JOVANOVIC MILAN, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, Europa Institut Zürich, Bd. 88, Diss. Zürich 2007
- JOYCE CRAIG/PATRY WILLIAM/LEAFFER MARSHALL/JASZI PETER, Copyright Law, 5. A. New York 2000
- KELLER CLAUDIA, AGB von Social-Media-Plattformen, medialex 2012, 188 ff.
- KELLERHALS FRANZ/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz. Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. A. Bern 2005 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich)
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007
- KLETT KATHRIN/HURNI CHRISTOPH, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, 80 ff.
- KOCH FRANK A., Computer-Vertragsrecht, 7. A. Freiburg 2009 (KOCH, Computer-Vertragsrecht)
- KOCH FRANK A., Internet-Recht, 2. A. München 2005 (zit.: KOCH, Internet-Recht)
- KOCH FRANK A., Urheber- und kartellrechtliche Aspekte der Nutzung von Open-Source-Software (I) und (II), CR 2000, 273 ff. und 333 ff. (zit.: KOCH, CR 2000)
- KÖHLER MARKUS/ARNDT HANS-WOLFGANG/FETZER THOMAS, Recht des Internet, 7. A. Heidelberg 2011
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. A. Bern 2009
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 2009 (zit.: BEARBEITER/-IN, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf)
- KREUTZER TILL, Open Content Lizenzen – Ein Leitfaden für die Praxis, Bonn 2011, [http://www.unesco.de/fileadmin/medien/Dokumente/Kommunikation/DUK\\_opencontent\\_FINAL.pdf](http://www.unesco.de/fileadmin/medien/Dokumente/Kommunikation/DUK_opencontent_FINAL.pdf)
- KRÖGER DETLEF, Informationsfreiheit und Urheberrecht, München 2002 = Diss Chemnitz 2000/2001 (zit.: KRÖGER, Informationsfreiheit)
- KRÖGER DETLEF, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, MMR 2002, 18 ff. (zit.: KRÖGER, MMR 2002)
- KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. A. Frankfurt a.M. 2011
- KUHLEN RAINER, Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, Boizenburg 2008, [http://www.kuhlen.name/MATERIALIEN/RK2008\\_ONLINE/files/HI48\\_Kuhlen\\_Urheberrecht.pdf](http://www.kuhlen.name/MATERIALIEN/RK2008_ONLINE/files/HI48_Kuhlen_Urheberrecht.pdf)
- KULL MICHAEL, Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, SJZ 2011, 245 ff.
- KÜNZI SANDRA, „Creative Commons“-Lizenzen und SUISSIMAGE, sic! 2006, 542 ff.
- LANDES WILLIAM M./POSNER RICHARD A., An Economic Analysis of Copyright Law, 18 The Journal of Legal Studies, 1989, 325 ff.
- LAUX CHRISTIAN, Vertragsauslegung im Urheberrecht, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 67, Bern 2003 = Diss. Zürich 2002
- LEAFFER MARSHALL, Understanding Copyright Law, 5. A. New Providence 2010
- LEHMANN MICHAEL/VON TUCHER TOBIAS V., Urheberrechtlicher Schutz von multimedialen Webseiten, CR 1999, 700 ff.
- LESSIG LAWRENCE, Code, Version 2.0, New York 2006 (zit.: LESSIG, Code)
- LESSIG LAWRENCE, Re-crafting a Public Domain, 18 Yale Journal of Law & Humanities 2006, 56 ff. (zit.: LESSIG, Public Domain)

- LESSIG LAWRENCE, Free Culture, New York 2004 (zit.: LESSIG, Free Culture)
- LESSIG LAWRENCE, The future of ideas, New York 2001 (zit.: LESSIG, Ideas)
- LEUPOLD MICHAEL/WÜGER DANIEL, 15 Jahre Internetnutzung – Der Stand der Dinge im Schuld-, Kollisions- und Datenschutzrecht, sic! 2008, 181 ff.
- LIANG LAWRENCE, Guide to Open Content Licenses, v. 1.2, Rotterdam 2004/2005, [http://pzwart.wdka.hro.nl/mdr/research/liang/open\\_content\\_guide](http://pzwart.wdka.hro.nl/mdr/research/liang/open_content_guide)
- LOCHER FELIX, Zum Zivilprozessrecht im Immaterialgüterrecht in der Schweiz: Zuständigkeit, Forum Running, Schiedsfähigkeit – zugleich zur geplanten Revision von Art. 109 IPRG, sic! 2006, 242 ff. (zit.: LOCHER, sic! 2006)
- LOCHER FELIX, Das Internationale Privat- und Zivilprozessrecht der Immaterialgüterrechte aus urheberrechtlicher Sicht, Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Bd. 80, Zürich 1993 = Diss. Bern 1993 (zit.: Locher, Immaterialgüterrechte)
- LOCKE JOHN, Two Treatises of Government, PETER LASLETT (Hrsg.), 2. A. Cambridge 1970
- LOREN LYDIA PALLAS, Building a Reliable Semicommons of Creative Works – Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Copyright, 14 Geo. Mason L. Rev. 2007, 271 ff.
- LÜTHI BENDICHT CLAUDIUS, System der internationalen Zuständigkeit im Immaterialgüterrecht, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bd. 8, Zürich 2011 = Diss. Bern 2010
- LUTTERBECK BERND, Die Zukunft der Wissensgesellschaft, in: HOFMANN JEANETTE (Hrsg.), Wissen und Eigentum, Bonn 2006, 319 ff.
- MACCIACCHINI SANDRO, Urheberrecht vs. Meinungsfreiheit am Beispiel der Fotografie, medialex 2002, 24 ff. (zit.: MACCIACCHINI, medialex 2002)
- MACCIACCHINI SANDRO, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 54, Bern 2000 = Diss. Zürich 2000 (zit.: MACCIACCHINI, Meinungsfreiheit)
- MAHLMANN CARL, Struktur des deutschen Tonträgermarktes, in: MOSER ROLF/SCHUEERMANN ANDREAS (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 6. A. Starnberg/München 2003, 178 ff.
- MANKOWSKI PETER, Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights under the Rome I Regulation, in: LEIBLE STEFAN/OHLY ANSGAR (Hrsg.), Intellectual Property and Private International Law, Tübingen 2009, 31 ff.
- MANTZ RETO, Creative Commons-Lizenzen im Spiegel internationaler Gerichtsverfahren, GRUR Int. 2008, 20 ff. (zit.: MANTZ, GRUR Int. 2008)
- MANTZ RETO, Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open Access-Werken, in: SPINDLER GERALD (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006, 55 ff. (zit.: MANTZ, Open Access-Lizenzen)
- MANTZ RETO, Open Content-Lizenzen und Verlagsverträge – Die Reichweite des § 33 UrhG, MMR 2006, 784 ff. (MANTZ, MMR 2006)
- MARACKE CATHARINA, Cultural flat rate, digital libraries, Creative Commons – What role for collecting societies in the 21<sup>st</sup> century?, GRUR Int. 2010, 695 ff.
- MARBACH EUGEN, Rechtsgemeinschaften an Immaterialgütern, ASR Heft 508, Bern 1987 = Habil. Bern 1986
- MAUHS ANGELA, Der Wahrnehmungsvertrag, UFITA 96, Baden-Baden 1991
- MEIER ANDREA, In guten wie in schlechten Zeiten – Ausstieg und Haftung aus Produktentwicklungsverträgen, AJP 2009, 551 ff. (zit.: A. MEIER)
- MEIER ISAAK, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht mit Gerichtsstandsgesetz, 2. A. Zürich/Basel/Genf 2005 (zit.: I. MEIER, IPR)
- MEIER ISAAK, Zuständigkeit im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht nach Gerichtsstandsgesetz, sic! 2001, 377 ff. (zit.: I. MEIER, sic! 2001)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Zürich 1948 = Diss. Zürich 1947
- MELICHAR FERDINAND, Die Wahrnehmung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften, München 1983

- MENN ANNATINA, Interessenausgleich im Filmurheberrecht, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 210, Diss. Zürich 2008
- MERGES ROBERT P., A New Dynamism in the Public Domain, 71 U. Chi. L. Rev. 2004, 183 ff.
- MERGES ROBERT P./MENELL PETER S./LEMLEY MARK A., Intellectual Property in the New Technological Age, 5. A. New York 2010
- MERZ HANS, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A. Freiburg 1992
- METZGER AXEL, Jurisdiction in Cases Concerning Intellectual Property Infringements on the Internet, in: LEIBLE STEFAN/OHLY ANSGAR (Hrsg.), Intellectual Property and Private International Law, Tübingen 2009, 251 ff. (zit.: METZGER, Jurisdiction)
- METZGER AXEL, Freie Software, Open Content – Ausgleich expansiver Urheberrechte durch das Vertragsrecht?, in: HILTY RETO M./PEUKERT ALEXANDER (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 253 ff. (zit.: METZGER, Open Content)
- METZGER AXEL/JAEGER TILL, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, 839 ff.
- MIJATOVIC IVAN, Ein Werk erfüllt die Schutzvoraussetzungen, wenn es vogelig genug ist, sic! 2006, 435 ff.
- MOODY GLYN, Richard Stallmans Goldene Regel und das „Digital Commons“, in: LUTTERBECK BERND/BÄRWOLFF MATTHIAS/GEHRING ROBERT A. (Hrsg.), Open Source Jahrbuch 2008, Berlin 2008, 299 ff.
- MOSIMANN PETER, Die verwandten Schutzrechte, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 331 ff. (zit.: MOSIMANN, SIWR II/1)
- MÜLLER BARBARA K./OERTLI REINHARD (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), 2. A. Bern 2012 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Müller/Oertli)
- MÜLLER THOMAS/WIRTH MARKUS (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz – Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Müller/Wirth)
- NEESER MARCO, Der Künstlervvertrag in der Musikindustrie, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 92, Bern 2011 = Diss. Zürich 2010
- NEFF EMIL F./ARN MATTHIAS, Urheberrechtlicher Schutz der Software, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/2 (Urheberrecht im EDV-Bereich), Basel/Genf/München 1998, 1 ff. (zit.: NEFF/ARN, SIWR II/2)
- NESTLÉ BARBARA M., Der Abschluss von Shrink-Wrap- und Online-Software-Lizenzverträgen nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Recht, sic! 1999, 219 ff.
- NIMMER MELVILLE B. (Hrsg.), Nimmer on Copyright, A treatise on the law of literary, musical and artistic property, and the protection of ideas, Loseblatt-Ausgabe, Albany, New York 1963-
- NOBEL PETER/WEBER ROLF H., Medienrecht, 3. A. Bern 2007
- OCHSNER BEAT, Die kollektive Verwertung von urheberrechtlichen Nutzungsbefugnissen, Diss. Basel 1980
- OHLY ANSGAR, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit – Forschungsperspektiven, in: OHLY ANSGAR/KLIPPEL DIETHELM (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, 1 ff.
- OMSELS HERMANN-JOSEF, Open Source und das deutsche Vertrags- und Urheberrecht, in: SCHERTZ CHRISTIAN/OMSELS HERMANN-JOSEF (Hrsg.), FS für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag, München 2000, 141 ff.
- PAHUD ERIC, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 57, Bern 2000 = Diss. Zürich 2000
- PALMER TOM G., Intellectual Property – A Non-Posnerian Law and Economics Approach, 12 Hamline L. Rev. 1989, 261 ff.
- PEUKERT ALEXANDER, Ein möglichst hohes Schutzniveau des Urheberrechts fördert Kreativität und dynamischen Wettbewerb: Ein Irrtum?!, in: BERGER MATHIS/MACCIACCHINI SANDRO (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht – FS für Reto M. Hilty, Zürich 2008, 39 ff. (zit.: PEUKERT, Schutzniveau)
- PEUKERT ALEXANDER, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut – Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, in: HILTY RETO M./PEUKERT ALEXANDER (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 11 ff. (zit.: PEUKERT, Schutzbereich)

- PEUKERT ALEXANDER, DRM: Ende der kollektiven Vergütung?, sic! 2004, 749 ff. (zit.: PEUKERT, sic! 2004)
- PFEIFER KARL-NIKOLAUS, A legal view of selected aspects and the development of Digital Europe, GRUR Int. 2010, 671 ff.
- PFLÜGER THOMAS/ERTMANN DIETMAR, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436 ff.
- PHILAPITSCH FLORIAN, Copyright und Copyleft – Open-Content-Lizenzen im Überblick, in: BOGENDORFER RENÉ J./CIRESA MEINHARD (Hrsg.), Urheberrecht – Werbung – Telekommunikation – Internet, Wien 2009, 87 ff. (zit.: PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen)
- PHILAPITSCH FLORIAN, Die Creative Commons Lizenzen, medien und recht 2008, 82 ff. (zit.: PHILAPITSCH, Creative Commons)
- PICHLER RUFUS, Internationale Zuständigkeit im Zeitalter globaler Vernetzung, Schriftenreihe Information und Recht, Bd. 67, München 2008 = Diss. Münster 2006/2007
- PICHONNAZ PASCAL, Les contrats innommés – quelques questions récurrentes, in: PICHONNAZ PASCAL/WERRO FRANZ (Hrsg.), La pratique contractuelle: actualité et perspectives, Genf/Zürich 2009, 21 ff.
- PICOT HENRIETTE, Die deutsche Rechtsprechung zur GNU General Public License, in: LUTTERBECK BERND, BÄRWOLFF MATTHIAS/GEHRING ROBERT A. (Hrsg.), Open Source Jahrbuch 2008, Berlin 2008, 233 ff.
- PLANT ARNOLD, The Economic Aspect of Copyright in Books, 1 *Economica* 1934, 167 ff.
- PLAB GUNDA, Open Contents im deutschen Urheberrecht, GRUR 2002, 670 ff.
- RASCH CLEMENS, Kulturfltrate aus Sicht der Rechteinhaber, in: ROBNAGEL ALEXANDER (Hrsg.), Elektronische Medien zwischen Exklusivität und Grundversorgung, Baden-Baden 2010, 105 ff.
- RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht, Bd. 1, 2. A. München 2006 (zit.: RAUSCHER/BEARBEITER)
- REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Urheberrecht, 3. A. Bern 2000 (zit.: REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht)
- REHBINDER MANFRED, Mängel der Staatsaufsicht über die deutschen Verwertungsgesellschaften, DVBl. 1992, 216 ff. (zit.: REHBINDER, DVBl. 1992)
- REHBINDER MANFRED/ROHNER CHRISTIAN, Zum rechtlichen Schutz der Nachrichtenagenturen am Beispiel der Schweizerischen Depeschagentur, UFITA 139, Bern 1999, 123 ff.
- REHBINDER MANFRED/VIGANÒ ADRIANO, Urheberrechtsgesetz – Kurzkommentar, 3. A. Zürich 2008
- REIDENBERG JOEL R., Lex informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology, 76 *Tex. L. Rev.* 1998, 553 ff.
- REISER HANS, Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz, Diss. Zürich 1989
- REUTTER MARK A., Lizenzverträge, in: STREULI-YOUSSEF MAGDA (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 404 ff. (zit.: REUTTER, Lizenzverträge)
- REUTTER MARK A., Objekt und Modalitäten der zwangsvollstrecklichen Verwertung, in: STREULI-YOUSSEF MAGDA (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 445 ff. (REUTTER, Verwertung)
- RIGAMONTI CYRILL P., Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, UFITA 194, Baden-Baden 2001 = Diss. Zürich 2001
- RIKLIN FRANZ, Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht und seine Stellung im Rahmen der zentralen Wahrnehmung urheberrechtlicher Befugnisse sowie der Kunstförderung, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Bd. 47, Freiburg 1978 = Habil. Freiburg 1977
- ROJAHN SABINE, in: SCHRICKER GERHARD/LOEWENHEIM ULRICH (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 4. A. München 2010
- ROSEN LAWRENCE, Open Source Licensing, New Jersey 2005
- ROSENKRANZ TIMO, Open Contents, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Bd. 58, Tübingen 2011 = Diss. Hamburg 2010
- ROSENTHAL DAVID, Das auf unerlaubte Handlungen im Internet anwendbare Recht, AJP 1997, 1340 ff. (zit.: ROSENTHAL, AJP 1997)
- ROSENTHAL DAVID, Projekt Internet, Zürich 1997 (zit.: ROSENTHAL, Projekt Internet)

- SAHLFELD MIRIAM, Creative Commons, medialex 2007, 72 ff.
- SALVADÉ VINCENT, Les conditions d'épuisement du droit de distribution conféré à l'auteur, sic! 2001, 795 ff. (zit.: SALVADÉ, sic! 2001)
- SALVADÉ VINCENT, La protection du support multimédia au regard du droit d'auteur, SJ 1996, 257 ff. (zit.: SALVADÉ, multimédia)
- SANDBERGER GEORG, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, 818 ff.
- SANDL ULRICH, „Open Source“-Software: Politische, ökonomische und rechtliche Aspekte, CR 2001, 346 ff.
- SCHACK HAIMO, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. A. Tübingen 2010 (zit.: SCHACK, Urheberrecht)
- SCHACK HAIMO, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet – Internationales Zivilprozessrecht, MMR 2000, 135 ff. (zit.: SCHACK, MMR 2000)
- SCHECHTER ROGER E./THOMAS JOHN R., Principles of Copyright Law, St. Paul 2010
- SCHIFFNER THOMAS, Open Source Software – Freie Software im deutschen Urheber- und Vertragsrecht, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Bd. 690, München 2003 = Diss. München 2002
- SCHIMANA MARKUS, Das Urheberrecht – von Buchdruck bis Filesharing, Marburg 2009
- SCHLAURI SIMON, Eigentum? Staatliche Regulierung!, in: Tageswoche vom 15.06.2012, 37 (zit.: SCHLAURI, Staatliche Regulierung), [www.tageswoche.ch/attachment/1277/twprint\\_12-24-37.pdf](http://www.tageswoche.ch/attachment/1277/twprint_12-24-37.pdf)
- SCHLAURI SIMON, Elektronische Signaturen, ZIK Bd. 19, Diss. Zürich 2002 (zit.: SCHLAURI, Elektrische Signaturen)
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen – Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, 1 ff. (zit.: SCHMID, ZBJV 2012)
- SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 2. A. Freiburg 1988 = Diss. Freiburg 1987 (zit.: SCHMID, öffentliche Beurkundung)
- SCHNEIDER BENNO, Das schweizerische Miteigentumsrecht, ASR NF Heft 418, Diss. Bern 1973
- SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Zürich 2011 (zit.: BEARBEITER/-IN, Schnyder)
- SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. A. Zürich 2011
- SCHRICKER GERHARD, Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik, GRUR 1992, 242 ff.
- SCHRICKER GERHARD/LOEWENHEIM ULRICH, in: SCHRICKER GERHARD/LOEWENHEIM ULRICH (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 4. A. München 2010
- SCHWAB KARIN, Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossenen Verträgen, ZIK Bd. 16, Diss. Zürich 2001
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A. Bern 2009
- SEELMANN KURT, Rechtsphilosophie, 5. A. München 2010
- SEEMANN MATTHIAS, Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 86, Bern 2008 = Diss. Zürich 2007
- SEMADENI THOMAS, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 74, Bern 2004 = Diss. Zürich 2004
- SENFTLEBEN MARTIN, Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: HILTY RETO M./PEUKERT ALEXANDER (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 159 ff. (zit.: SENFTLEBEN, Schranken)
- SENFTLEBEN MARTIN, Privates digitales Kopieren im Spiegel des Dreistufentests, CR 2003, 914 ff. (zit.: SENFTLEBEN, CR 2003)
- SESTER PETER, Open-Source-Software – Vertragsrecht, Haftungsrisiken und IPR-Fragen, CR 2000, 797 ff.
- SHAVELL STEVEN/VAN YPERSELE TANGUY, Rewards vs. Intellectual Property Rights, 44 J. L. & Econ. 2001, 525 ff.



- SHIRKY CLAY, *Here Comes Everybody*, New York 2008
- SIEBER ULRICH, Memorandum zur Berücksichtigung der Interessen des Bildungsbereichs bei der Reform des Urheberrechts, in: SIEBER ULRICH/HOEREN THOMAS (Hrsg.), *Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft*, Bonn 2005, 47 ff.
- SIEGRIST HANNES, Geschichte des geistigen Eigentums und der Urheberrechte – Kulturelle Handlungsrechte in der Moderne, in: HOFMANN JEANETTE (Hrsg.), *Wissen und Eigentum*, Bonn 2006, 64 ff.
- SIEHR KURT, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich 2002
- SPINDLER GERALD, in: SPINDLER GERALD (Hrsg.), *Rechtsfragen bei Open Source*, Köln 2004, Teil A 1 ff., Teil B 9 ff., Teil C 21 ff., Teil D 151 ff., Teil E, 187 ff. (zit.: SPINDLER, *Rechtsfragen*)
- SPINDLER GERALD, *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR 2002, 105 ff. (zit.: SPINDLER, GRUR 2002)
- SPINDLER GERALD/WIEBE ANDREAS, *Open Source-Vertrieb – Rechteeinräumung und Nutzungsberechtigung*, CR 2003, 873 ff.
- SPOENDLIN KASPAR, *Zur staatlichen Prüfung der Tarife der urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften*, UFI-TA 102, Bern 1986
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM A., *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 9. A. Bern 2010
- STÄHELI THOMAS, *Kollisionsrecht auf dem Information Highway*, in: HILTY RETO M. (Hrsg.), *Information Highway*, Bern 1996, 597 ff.
- STALDER FELIX, *Neue Formen der Öffentlichkeit und kulturellen Innovation zwischen Copyleft, Creative Commons und Public Domain*, in: HOFMANN JEANETTE (Hrsg.), *Wissen und Eigentum*, Bonn 2006, 301 ff.
- STEIER HENNING, „Rettet das Internet vor den USA“, in: NZZ online vom 12.04.2012, <http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/cispa-google-microsoft-amazon-aol-1.16403600>
- STEIER HENNING, „Jetzt ist die Politik gefordert“, in: NZZ online vom 15.12.2011, [http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/musikindustrie\\_sopa\\_ifpi\\_netzsperren\\_1.13658703.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/musikindustrie_sopa_ifpi_netzsperren_1.13658703.html)
- STIEGER WERNER, *Zur Beendigung des Lizenzvertrages nach schweizerischem Recht*, sic! 1999, 3 ff.
- STIRNIMANN FRANZ X., *Urheberkartellrecht*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 228, Zürich/Basel/Genf, 2004 = Diss. Zürich 2004
- STÖCKLI HUBERT, *Das Synallagma im Vertragsrecht*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Bd. 271, Zürich 2008 = Habil. Freiburg (Schweiz) 2006
- STREULI-YOUSSEF MAGDA, *Grundlagen*, in: STREULI-YOUSSEF MAGDA (Hrsg.), *Urhebervertragsrecht*, Zürich 2006, 3 ff. (zit.: STREULI-YOUSSEF, *Grundlagen*)
- STREULI-YOUSSEF MAGDA, *Besonderheiten des Urheberrechts im Rechtsverkehr*, AJP 1996, 958 ff. (zit.: STREULI-YOUSSEF, *Rechtsverkehr*)
- STROBEL TOBIAS, *So content with Open Content – Zufriedenheit dank Open-Content-Lizenz?*, MMR 2003, 778 ff.
- SUJECKI BARTOSZ, *Open Source Software im deutschen Vertrags- und Urheberrecht*, medien und recht 2005, 40 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zürich 2010 (zit.: BEARBEITER/IN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger)
- TAPSCOTT DON/WILLIAMS ANTHONY D., *Wikinomics – Die Revolution im Netz*, München 2007
- TERCIER PIERRE, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich 1984
- THOT NORMAN B./GIMMY MARC ANDRÉ, *Vertragsschluss im Internet*, in: KRÖGER DETLEF/GIMMY MARC ANDRÉ (Hrsg.), *Handbuch zum Internetrecht*, 2. A. Berlin/Heidelberg 2002, 3 ff.
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: *Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes*, Jusletter 29.10.2012
- TISSOT NATHALIE, *Bases de données et droit d’auteur*, in: RAGUENEAU ALAN (Hrsg.), *Internet* 2003, Lausanne 2004, 187 ff.

- TOWSE RUTH, Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries, in: GRANSTRAND OVE (Hrsg.), Economics, Law and Intellectual Property – Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field, London/Boston/Dordrecht 2003, 419 ff. (zit.: TOWSE, Cultural Policy)
- TOWSE RUTH, Partly for the Money – Rewards and Incentives to Artists, 54 Kyklos 2001, 473 ff. (zit.: TOWSE, Partly for the Money)
- TOWSE RUTH, Creativity, Incentive and Reward, Diss. Rotterdam 2000 (zit.: TOWSE, Creativity)
- TOWSE RUTH, Copyright and Economic Incentives – An Application to Performers’ Rights in the Music Industry, 52 Kyklos 1999, 369 ff. (zit.: TOWSE, Economic Incentives)
- TOWSE RUTH, The Earnings of Singers – An Economic Analysis, in: TOWSE RUTH/KHAKKEE ABDUL (Hrsg.), Cultural Economics, Berlin/Heidelberg 1992, 209 ff. (zit.: TOWSE, Earnings of Singers)
- TROLLER ALOIS, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. A. Basel/Frankfurt a.M. 1983 (zit.: A. TROLLER, IGR I)
- TROLLER ALOIS, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. A. Basel/Frankfurt a.M. 1985 (zit.: A. TROLLER, IGR II)
- TROLLER ALOIS, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Basel 1952 (zit.: A. Troller, IPR im Urheberrecht)
- TROLLER KAMEN, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Bd. I, 2. A. Basel 1996 (zit.: K. TROLLER)
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. A. Bern 2011
- UHL MARKUS, Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten wird nicht geschützt, in: KURER MARTIN/RITSCHER MICHAEL/SANGIORGIO DIDIER/ASCHMANN DAVID (Hrsg.), Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, FS für Lucas David zum 60. Geburtstag, Zürich 1996, 257 ff. (zit.: UHL, Gutgläubiger Erwerb)
- UHL MARKUS, Die rechtsgeschäftliche Verfügung im schweizerischen Urheberrecht, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 20, Bern 1987 = Diss. Zürich 1986 (zit.: UHL, Verfügung)
- ULBRICHT JOHANNES, Digital Rights Management, in: MOSER ROLF/SCHUEERMANN ANDREAS (Hrsg.), Handbuch der Musikwirtschaft, 6. A. Starnberg/München 2003, 130 ff.
- ULMER EUGEN, Urheber- und Verlagsrecht, 3. A. Berlin 1980
- UNESCO, World Report „Towards knowledge societies“, Paris 2005, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001418/141843e.pdf>
- VENTURI-ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Bd. 264, Zürich 2007 = Diss. Freiburg (Schweiz) 2007
- VETTER MEINRAD/GUTZWILLER ROMAN S., Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP 2010, 699 ff.
- VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 177 ff.
- VISCHER FRANK/HUBER LUCIUS/OSER DAVID, Internationales Vertragsrecht, 2. A. Bern 2000
- VOGEL MARTIN, in: SCHRICKER GERHARD/LOEWENHEIM ULRICH (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 4. A. München 2010
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit.: B. VON BÜREN, OR AT)
- VON BÜREN ROLAND, Der Lizenzvertrag, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/1 (Grundlagen), 2. A. Basel/Genf/München 2002, 293 ff. (zit.: VON BÜREN, Lizenzvertrag, SIWR I/1)
- VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. A. Bern 2008 (zit.: BEARBEITER, in: von Büren/Marbach/Ducrey)
- VON BÜREN ROLAND/MEER MICHAEL A., Der Werkbegriff, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 51 ff. (zit.: VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1)
- VON BÜREN ROLAND/MEER MICHAEL A., Der Urheber, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 141 ff. (zit.: VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1)

- VON BÜREN ROLAND/MEER MICHAEL A., Die kollektive Werkschöpfung, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 154 ff. (zit.: VON BÜREN/MEER, kollektive Werkschöpfung, SIWR II/1)
- VON BÜREN ROLAND/MEER MICHAEL A., Rechtsübergang und Zwangsvollstreckung, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1 (Urheberrecht – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), 2. A. Basel/Genf/München 2006, 229 ff. (zit.: VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1)
- VON PLANTA ALESSANDRA, Ghostwriter, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 47, Diss. Zürich 1998
- WANDTKE ARTHUR-AXEL/BULLINGER WINFRIED (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. A. München 2006 (zit.: BEARBEITER, in: Wandtke/Bullinger)
- WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. A. Zürich/Basel/Genf 2010 (zit.: WEBER, E-Commerce)
- WEBER ROLF H., Open Source Software: Vertragsgestaltung, in: WEBER ROLF H./BERGER MATHIS/AUF DER MAUR ROLF (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet IV, Zürich/Basel/Genf 2003, 73 ff. (zit.: WEBER, OSS)
- WEBER ROLF H., Freie Software – Befreiung vom Vertragstypenkonzept?, in: HARRER FRIEDRICH/PORTMANN WOLFGANG/ZÄCH ROGER (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – Aktuelle Probleme, FS für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, 41 ff. (zit.: WEBER, Freie Software)
- WEBER ROLF H., Traditionelles Urheberrecht – Sprengstoff für die Informationsgesellschaft?, in: HILTY RETO M./BERGER MATHIS (Hrsg.), Urheberrecht am Scheideweg?, Bern 2002, 69 ff. (zit.: WEBER, Informationsgesellschaft)
- WEBER ROLF H., Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 9, 2001, 171 ff. (zit.: WEBER, Cyberspace)
- WEBER ROLF H., Kartellrecht – Einleitung, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 (Kartellrecht), Basel/Genf/München 2000, 1 ff. (zit.: WEBER, Einleitung, SIWR V/2)
- WEBER ROLF H., Datenbankrecht – Regelungsbedarf in der Schweiz?, in: WEBER ROLF H./HILTY RETO M. (Hrsg.), Daten und Datenbanken – Rechtsfragen zu Schutz und Nutzung, ZIK Bd. 4, Zürich 1999, 59 ff. (zit.: WEBER, Datenbankrecht)
- WEBER ROLF H., Rechtsfragen des elektronischen Vertragsabschlusses, in: WEBER ROLF H. (Hrsg.), Informatikrecht im europäischen Umfeld, Zürich 1997 (zit.: WEBER, Vertragsabschluss)
- WEBER ROLF H./JÖHRI YVONNE, Vertragsabschluss im Internet, in: WEBER ROLF H./HILTY RETO M./AUF DER MAUR ROLF (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet, Zürich 2000, 39 ff.
- WEBER-STECHER URS MICHAEL, Internationales Konsumvertragsrecht, Studien zum Verbraucherrecht, Bd. 5, Diss. Zürich 1997
- WEGENER POTO, Musik & Recht, Starnberg/München 2003
- WEICHE JENS, US-amerikanisches Urhebervertragsrecht, Schriftenreihe zu Medienrecht, Medienproduktion und Medienökonomie, Bd. 3, Baden-Baden 2002 = Diss. Potsdam 2001
- WEIHSE RABEA, „Die Creative-Commons-Gema“, in: Zeit Online vom 24.05.2012, <http://www.zeit.de/kultur/musik/2012-05/c3s-creative-commons-gema>
- WENDEL DOMINIK, Wer hat Recht im Internet?, Aachen 1997
- WIDMER MICHAEL/LEIS TIMO, Zuständigkeit gemäss ZPO im Immaterialgüterrechtsprozess, sic! 2012, 363 ff.
- WIDMER MIKE J., Das Urheberrecht und Open Source Software, medialex 2004, 91 ff. (zit.: WIDMER, medialex 2004)
- WIDMER MIKE J., Open Source Software – Urheberrechtliche Aspekte freier Software, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 72, Bern 2003 = Diss. Zürich 2003 (zit.: WIDMER, OSS)
- WIEBE ANDREAS/PRÄNDL FELIX, Open Source Software, ÖJZ 2004, 628 ff.
- WILLINSKY JOHN, The Access Principle, Cambridge 2006

- WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights, Current Developments in the Field of Digital Rights Management, 10. Session, Genf 2003 (zit.: WIPO 2003), [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_10/sccr\\_10\\_2\\_rev.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_10/sccr_10_2_rev.pdf)
- WITTWEILER BERNHARD, Vertragsrecht in der kollektiven Verwertung, in: STREULI-YOUSSEF MAGDA (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 263 ff. (zit.: WITTWEILER, Kollektive Verwertung)
- WITTWEILER BERNHARD, Der Geltungsbereich der schweizerischen Verwertungsgesetzgebung, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Heft 24, Bern 1988 = Diss. Zürich 1988 (zit.: WITTWEILER, Verwertungsgesetzgebung)
- WÜNSCHMANN CHRISTOPH, Die kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten nach europäischem Wettbewerbsrecht, UFITA 184, Baden-Baden 2000 = Diss. Freiburg im Breisgau 2000
- ZITTRAIN JONATHAN, What the Publisher can Teach the Patient – Intellectual Property and Privacy in an Area of Trusted Privication, 52 Stanford L. Rev. 2000, 1201 ff.
- ZK-BEARBEITER/-IN, in: GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht: Zivilgesetz, Obligationenrecht, Nebengesetze, Zürich ab 1901 (zit.: ZK-BEARBEITER)
- ZK IPRG-BEARBEITER, in: GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A. Zürich 2004 (zit.: ZK IPRG-BEARBEITER)

## **Materialien- und Rechtsquellenverzeichnis**

### **Schweiz:**

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend den Entwurf zu einem Gesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, vom 09.12.1881, BBl. 1881 IV 645 ff. (zit.: Botschaft URG 1881)

Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Verwertung von Urheberrechten vom 26.03.1940, BBl. 1940 I 313 ff. (zit.: Botschaft VerwG 1940)

Botschaft zum BG über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10.11.1982, BBl. 1983 I 263 ff. (zit.: Botschaft IPRG 1982)

Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht (Urheberrechtsgesetz (URG)), zur Pariser Fassung der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst und zur Pariser Fassung des Welturheberrechtsabkommens und dessen Zusatzprotokolle 1 und 2 vom 29.08.1984, BBl. 1984 III 173 ff. (zit.: Botschaft URG 1984)

Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen (Topographiengesetz, ToG) sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vom 19.06.1989, BBl. 1989 III 477 ff. (zit.: Botschaft URG 1989)

Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10.03.2006, BBl. 2006 I 3389 ff. (zit.: Botschaft URG 2006)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 02.09.2009, BBl. 2009 6151 ff. (zit.: Botschaft UWG 2009)

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.06.2006, BBl. 2006 7221 ff. (zit.: Botschaft ZPO 2006)

Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18.02.2009, BBl. 2009 1777 ff. (zit.: Botschaft LugÜ 2009)

Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zu Änderungen im Urheberrechtsgesetz, Mai 2005 (zit.: B. EJPD 2005)

### **Europäische Union**

(Europäisches) Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968, BGBl III 1998/209 (zit.: EuGVÜ)

(Europäische) Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22.12.2000, ABl. L 12, 1 ff. (zit.: EuGVVO)

Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304, 64 ff. (zit.: Verbraucherrechte-RL)

Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167, 10 ff. (zit.: Info-RL)

Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. L 144, 19 ff. (zit.: Fernabsatz-RL)

Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L 77, 20 ff. (zit.: Datenbank-RL)

Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95, 29 ff. (zit.: Klausel-RL)

Initiativen zum Grünbuch – Arbeitsprogramm der Kommission auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vom 17.01.1990 (zit.: KOM (90) 584 endg.)

### **Völkerrechtliche Verträge:**

(Revidierte) Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst in der Pariser Fassung vom 24.07.1971, SR 0.231.12-15 (zit.: RBÜ)

Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26.10.1961, SR 0.231.171 (zit.: Rom-Abkommen)

Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Abkommen vom 15.04.1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20 (zit.: TRIPs)

WIPO Copyright Treaty vom 20.12.1996, SR 0.231.151 (zit.: WCT)

WIPO Performances and Phonograms Treaty vom 20.12.1996, SR 0.231.15 (zit.: WPPT)

## **Teil I      Einleitung**

### **1.            Problemstellung**

Die Digitalisierung und das Internet haben die kreativen und innovativen Möglichkeiten in unserer Gesellschaft revolutioniert. Einerseits ermöglicht die digitale Technik die Herstellung von qualitativ hochwertigen Vervielfältigungsstücken bei minimalem finanziellem und zeitlichem Aufwand, andererseits hat das Internet den Austausch von Informationen und die Kommunikation zwischen den Menschen vereinfacht. Die weltweite Vernetzung, gepaart mit dem technischen Fortschritt bei der Produktion und Verbreitung digitaler Inhalte macht es jeder Person mit Zugang zum Internet möglich, kreative Inhalte zu produzieren und mit einem Mausklick schnell und kostengünstig zu verbreiten. So kann heute ohne Weiteres ein Song einer indonesischen Schülerband über das Internet nach Europa gelangen und dort von einem Produzenten für ein Filmprojekt verwendet werden. Die Vereinfachung der Produktion von digitalen Inhalten und deren erleichterte Verfügbarkeit geben kreativen und innovativen Menschen wiederum vermehrt Anreize, Neues zu schaffen und für andere zugänglich zu machen. Dadurch werden die Informationsverbreitung und letztlich die kulturelle Entwicklung in einem hohen Mass gefördert. Das Internet hat aber auch die Nutzung von Werken vereinfacht, indem der Zugang zu Inhalten einfach, schnell und von überall her möglich ist. Dadurch wurden neue Kulturformen wie etwa die Remix-Kultur, bei der neue Inhalte durch das Zusammenfügen, Verändern oder Bearbeiten bereits bestehender Kulturprodukte entstehen, wesentlich gefördert.

Der Wandel der Rolle der breiten Bevölkerung vom Konsumenten zum Produzenten digitaler Inhalte sowie der Einsatz des Internets zur Werkverbreitung führen zu einem Verlust der zentralen Rolle der vermittelnden Marktteilnehmer wie der Verlage oder Labels, die bis anhin für die Verbreitung von Werken unabdingbar waren. Hinzu kommt, dass die Werkverwendung im Internet nur schwer kontrolliert werden kann. Dies hat zur Folge, dass die vermittelnden Marktteilnehmer die Ausschliesslichkeitsrechte, die sie sich von den Urhebern einräumen lassen, nicht wirksam durchsetzen können.

Der Verlust der starken wirtschaftlichen Stellung der vermittelnden Marktteilnehmer führt zu einem erhöhten politischen Druck auf den Gesetzgeber zur Schaffung neuer Regelungen, um den Schutz der Werkschaffenden auszubauen, was letztlich aufgrund der allgemein verbreiteten generellen Abtretung sämtlicher Rechte an die vermittelnden Marktteilnehmer die Stär-

kung der wirtschaftlichen Stellung der Werkvermittler zur Folge hat. Die Anpassung des Rechts vermag aber mit der rasanten technischen Entwicklung nicht Schritt zu halten. Aufgrund der daraus resultierenden offenen Fragen im Zusammenhang mit der Werknutzung im Internet setzen angebotsseitige Marktteilnehmer vermehrt auf technische Schutzmechanismen wie *Digital Rights Management* (DRM), um die Verbreitung von Inhalten zu kontrollieren. Diese Entwicklungen, deren Notwendigkeit mit dem Schutz der Urheber begründet wird, gehen zu Lasten der Allgemeinheit, zumal die Schrankenbestimmungen des Urheberrechts immer restriktiver werden und die freie Nutzung vermehrt kontrollierbar ist.

Das Internet ist nicht die erste Entwicklung, die auf Widerstand derjenigen Marktteilnehmer stösst, die ihre Marktmacht auf der Grundlage des bisherigen technischen Standards aufgebaut haben. Doch wie andere technische Fortschritte auch, so etwa die Erfindung des Kassettenrecorders, des FM-Radios oder des Videorecorders, wird sich das Internet letztlich ebenfalls durchsetzen. Dabei stellt sich nur die Frage, welche Schranken das Urheberrecht künftig aufweisen soll. Ob der fortlaufende Ausbau des weitgehend auf der analogen Technologie basierenden aktuellen Urheberrechts zugunsten der Rechteinhaber der richtige Weg ist, sei zumindest in Frage gestellt. Neben der starken Einschränkung der durch die Schrankenbestimmungen privilegierten Nutzungshandlungen hat die Stärkung der Stellung der Rechteinhaber zu Lasten der Nutzer nämlich auch einen Akzeptanzverlust des Urheberrechts in der Bevölkerung zur Folge. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es nicht sinnvoller wäre, über das Konzept und den Inhalt des Urheberrechts als solche nachzudenken. Sicherlich sind aber rechtliche Anpassungen nötig, welche die Nutzung des Internets für die Bevölkerung, sei es nun in der Rolle als Konsument oder Produzent, auf legale Art und Weise möglich machen. Denn nur, wenn eine Anpassung der Regelungen zum Umgang mit digitalen Inhalten erfolgt, kann der Gesetzgeber der zentralen Rolle gerecht werden, die unkörperliche Produkte und Dienstleistungen in der Informationsgesellschaft spielen.

Um den für das kulturelle und innovative Schaffen bedenklichen Entwicklungen auf dem Gebiet des Urheberrechts entgegenzuwirken, haben es sich verschiedene nationale und internationale Gruppierungen zur Aufgabe gemacht, neue Ansätze zu finden, die einen Ausgleich zwischen den an der Werkverbreitung beteiligten Interessen vor dem Hintergrund der neusten technischen Entwicklungen schaffen sollen. Während sich einige dieser Gruppierungen für eine völlige Neukonzeption des Urheberrechts aussprechen, setzen sich Organisationen wie



Creative Commons<sup>2</sup> daneben auch für Lösungen ein, die auf dem bestehenden Urheberrecht aufbauen. So hat Creative Commons ein System von standardisierten Lizenzen entwickelt, die es dem Urheber erlauben, sein Werk für bestimmte Nutzungsarten freizugeben, ohne dass er mit jedem Nutzer einen individuellen Lizenzvertrag aushandeln und gänzlich auf sein Urheberrecht verzichten muss. Gleichzeitig ist aufgrund eines dem Werk beigefügten Piktogramms für jeden Nutzer klar ersichtlich, welche Nutzungen erlaubt sind und welche nicht. Ziel der Creative-Commons-Lizenzen ist es, die Verbreitung und die Nutzung von Werken – nicht nur im Internet – zu vereinfachen und so die kulturelle und innovative Entwicklung zu fördern<sup>3</sup>.

## **2. Gegenstand und Gang der Untersuchung**

In der vorliegenden Arbeit wird das rechtstheoretische Konzept des Creative-Commons-Lizenzsystems untersucht. Aus dem *Common-law*-Rechtskreis stammend, sind die Creative-Commons-Lizenzen in einem der Tradition des *Civil law* verpflichteten Land wie die Schweiz nicht ohne Probleme adaptierbar. Ziel der Untersuchung ist die Beantwortung der Frage, ob Creative-Commons-Lizenzen zur Verbreitung von urheberrechtlich geschützten Werken in der Schweiz eingesetzt werden können. Deshalb werden insbesondere deren Durchsetzbarkeit im Schweizer Recht untersucht sowie gegebenenfalls existierende Problemfelder aufgezeigt.

Die Arbeit befasst sich zunächst mit dem heutigen Rechtszustand im Hinblick auf den Schutz geistiger Leistungen, um die Bedeutung und Tragweite alternativer Lösungsansätze in diesem Bereich aufzuzeigen (Teil II). Danach folgt ein Überblick über die existierenden „offenen“ Modelle und deren Abgrenzung (Teil III). Im vierten Teil wird das Lizenzsystem von Creative Commons dargestellt (Teil IV). Die Teile V und VI bilden sodann den Hauptteil dieser Arbeit. Dabei untersucht der fünfte Teil die rechtstheoretische Konzeption der Creative-Commons-Lizenzen (Teil V), um anschliessend die Problemfelder innerhalb des Lizenzsystems von Creative Commons und mögliche Lösungen für die sich stellenden Probleme zu diskutieren (Teil VI). Der siebte Teil der Arbeit beschäftigt sich mit zukünftigen Entwicklungen des Creative-Commons-Lizenzsystems (Teil VII). Zum Abschluss wird zu den in den Teilen II bis VII dargelegten Punkten ein Fazit gezogen (Teil VIII).

---

<sup>2</sup> Creative Commons ist eine im Jahr 2001 von namhaften Urheberrechts- und Internetexperten gegründete und heute in Massachusetts registrierte gemeinnützige Organisation, vgl. hinten 61 ff.

<sup>3</sup> Für nähere Informationen zu Aufbau und Funktion der Creative-Commons-Lizenzen vgl. hinten 62 ff.

### 3. Terminologisches

Wird nachfolgend der Begriff „Werk“ verwendet, ist immer eine schöpferische Leistung i.S.d. Urheberrechts gemeint<sup>4</sup>. Die Begriffe „Inhalte“, „Daten“ oder „Informationen“ umfassen hingegen jegliche Art von – geistigen oder sonstigen – Leistungen, ohne dass diese zwingend die für den Urheberrechtsschutz erforderliche Gestaltungshöhe<sup>5</sup> zu erreichen brauchen.

Als „Nutzer“ oder „Konsument“ werden Personen bezeichnet, die geistige Leistungen anderer für eigene Zwecke verwenden bzw. weiterverbreiten. Als „Rechteinhaber“ gilt der Urheber<sup>6</sup> sowie jede – natürliche oder juristische – Person, die Inhaberin von (derivativen) Nutzungsrechten an einem Werk ist.

Mit dem Begriff „vermittelnde Marktteilnehmer“ werden die Akteure von Urheberrechtsindustrien verschiedener Art bezeichnet, deren Zweck es ist, die geistigen Leistungen der Urheber in eine konsumierbare Form zu bringen und diese zu verwerten. Die Verwertungsgesellschaften nehmen eine Sonderstellung im Bereich der Urheberrechtsverwertung ein, da sie u.a. mit dem Ziel geschaffen wurden, den Urhebern die Verwirklichung ihrer Rechte zu ermöglichen und so eine gewisse Unabhängigkeit der Urheber von den vermittelnden Marktteilnehmern zu gewährleisten<sup>7</sup>. Zudem untersteht zumindest ein Teil ihrer Tätigkeit der Bundesaufsicht<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Zum Werkbegriff vgl. hinten 74 ff. Siehe auch BARRELET/EGLOFF, N 4 ff. zu Art. 2; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 1 ff. zu Art. 2; HILTY, Urheberrecht, N 78 ff.; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 71 ff.; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 63 ff.

<sup>5</sup> Zur Gestaltungshöhe vgl. BARRELET/EGLOFF, N 8 zu Art. 2; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 15 zu Art. 2; HILTY, Urheberrecht, N 91 ff.; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 70 ff.; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 73 ff.

<sup>6</sup> Zum Begriff des Urhebers vgl. hinten 83 ff. Siehe auch BARRELET/EGLOFF, N 1 ff. zu Art. 6; HILTY, Urheberrecht, N 131 ff.; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 108 ff.; VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 149 ff.; HUG, in: Müller/Oertli, N 1 ff. zu Art. 6.

<sup>7</sup> Vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, in: Müller/Oertli, N 2 zu Vorbem. zu Art. 40–60.

<sup>8</sup> Siehe Art. 40 URG.

## **Teil II      Ausgangslage**

### **1.              Schutz geistiger Leistungen durch das Urheberrecht**

Im Sinne einer Ausgangslage wird nachfolgend auf bestimmte Kritikpunkte am derzeit geltenden Urheberrecht eingegangen. Insbesondere soll eine kurze Darstellung über die historische Entwicklung zeigen, dass die urheberzentrierte Konzeption des kontinentaleuropäischen Urheberrechts erst seit relativ kurzer Zeit besteht und nicht als zwingende Folge eines historischen Prozesses zu verstehen ist<sup>9</sup>. Weiter wirft ein Blick auf den Zweck der urheberrechtlichen Regelungen zumindest die Frage auf, ob sich mit der derzeitigen Fokussierung auf den Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung das übergeordnete Ziel des Urheberrechts, nämlich die Förderung des Werkschaffens, auch tatsächlich erreichen lässt<sup>10</sup>. Schliesslich wird auf einige Aspekte der veränderten Umstände bei der Werkschöpfung, Verwertung und Nutzung von Geisteswerken im Zuge der Entwicklung der heutigen Wissens- und Informationsgesellschaft eingegangen<sup>11</sup>.

#### **1.1.            Vom Investitions- zum Urheberschutz**

In der Antike und im Mittelalter war die geistige Schöpfung als solche nicht geschützt<sup>12</sup>. Um künstlerisch tätig sein zu können, waren in der Antike viele Kulturschaffende auf Mäzene<sup>13</sup> angewiesen, welche sich um die Verbreitung eines Werks kümmerten und den Künstler durch ein ehrbezeugendes Honorar<sup>14</sup> für seine Leistung belohnten<sup>15</sup>.

Im Mittelalter hatte ein Urheber die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt durch die Zugehörigkeit zu einem Orden, einer Zunft oder durch adelige Herkunft zu bestreiten<sup>16</sup>. Aufgrund des fehlenden Schutzes war es zulässig, geistige Leistungen wie etwa Bücher zu kopieren, zu verändern und als eigene weiterzuverbreiten. Da aber insbesondere im Mittelalter der Grossteil der Bevölkerung weder lesen noch schreiben konnte und das Abschreiben von Büchern vor

---

<sup>9</sup>      SCHACK, Urheberrecht, N 102; HANSEN, 38.

<sup>10</sup>      Vgl. sogleich 11 ff.

<sup>11</sup>      Vgl. hinten 24 ff.

<sup>12</sup>      REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 10 f.

<sup>13</sup>      Von Maecenas (70-8 v.Chr.), dem Förderer der Dichter Horaz und Vergil, SCHACK, Urheberrecht, N 103; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 10; HILTY, Urheberrecht, N 15.

<sup>14</sup>      Lat. honorarium = Ehrensold.

<sup>15</sup>      REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 10; HILTY, Urheberrecht, N 15; SCHACK, Urheberrecht, N 103; HANSEN, 12.

<sup>16</sup>      HILTY, Urheberrecht, N 16; SCHACK, Urheberrecht, N 104.

der Erfindung des Buchdrucks sehr aufwändig war<sup>17</sup>, erschien das Problem des Diebstahls von geistigem Eigentum weit weniger akut als heute<sup>18</sup>. Dazu kommt, dass sich die heutige Vorstellung von schöpferischer Leistung als individuelle, geistige Leistung erst im Zeitalter der Aufklärung herausbildete<sup>19</sup>.

In der Antike sah man hingegen im künstlerischen Schaffen die Nachahmung des unveränderlich existierenden Schönen oder den Ausdruck einer Eingabe der Musen; im Mittelalter wurde die geistige Leistung einer Ausführung im Rahmen der göttlichen Ordnung gleichgesetzt<sup>20</sup>. Trotz dieses geringen Selbstverständnisses der Urheber bestand schon damals das Bedürfnis, die Verfälschung resp. Aneignung eigener Werke durch Dritte zu verhindern. So setzte in der Antike der römische Dichter Martial seine Epigramme mit freigelassenen Sklaven gleich und bezeichnete Fidentius, der Martials Werke als eigene ausgegeben hatte, als „Menschenräuber“ (plagiarius), woraus sich der Begriff des Plagiats entwickelte<sup>21</sup>. Im Mittelalter wurden sog. Bücherflüche verwendet, mit denen Verfälschern des eigenen Werks allerlei Strafen angedroht wurden<sup>22</sup>.

Erst als es durch Erfindungen wie Holzschnidekunst, Kupferstich oder Druckerpresse einfacher wurde, Werke zu vervielfältigen, verlangten Drucker und Verleger Privilegien, die den Nachdruck von Werken für eine gewisse Dauer verboten<sup>23</sup>. Dabei handelte es sich nicht um einen eigentlichen Schutz der geistigen Leistung, sondern vielmehr um gewerberechtliche Regelungen<sup>24</sup>, welche ein Monopol begründeten (Druckprivilegien) oder die Investitionen der Drucker und Verleger schützen sollten (Bücherprivilegien)<sup>25</sup>. Die seit der Renaissance auftretenden Autorenprivilegien waren zwar als Belohnung für die geistige Leistung gedacht, hatten aber ebenso wenig wie die früheren Privilegien unmittelbar den Schutz der Schöpfung als solche zum Ziel, sondern knüpften ebenfalls an der bereits erfolgten oder geplanten Drucklegung an<sup>26</sup>.

---

<sup>17</sup> GIESEKE, 4.

<sup>18</sup> Vgl. LANDES/POSNER, 331.

<sup>19</sup> GEIGER, GRUR Int. 2004, 816.

<sup>20</sup> VOGEL, N 88 f. zu Einl.; HANSEN, 13.

<sup>21</sup> GIESEKE, 2 f.; HILTY, Urheberrecht, N 15.

<sup>22</sup> Z.B. wünschte Eike von Repgow, der Autor des Sachsenspiegels (um 1230), in der Vorrede zu seinem Werk demjenigen Aussatz und Hölle, der sein Werk verfälsche, HILTY, Urheberrecht, N 16.

<sup>23</sup> REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 12; vgl. auch HOEREN, EuZ 2012, 2.

<sup>24</sup> COING I, 221 m.w.N.; ULMER, 52.

<sup>25</sup> HILTY, Urheberrecht, N 18 f.

<sup>26</sup> HILTY, Urheberrecht, N 20.

Neben dem Schutz der Partikularinteressen des Druckgewerbes in Form von Regelungen zum Gewerbeschutz oder zu Investitions- bzw. Belohnungszwecken bot das Privilegienwesen den Herrschern die Möglichkeit einer inhaltlichen Zensur, indem sie Privilegien nur dann gewährten, wenn der Inhalt des Druckerzeugnisses ihren Vorstellungen entsprach<sup>27</sup>. Ausschlaggebend für die Erteilung eines Druckprivilegs war dabei die Frage, ob das geplante Druckvorhaben dem Gemeinwesen einen Nutzen brachte<sup>28</sup>. In diesem Sinne wurden Druckprivilegien als Instrument eingesetzt, um den Staatszweck des Gemeinwohls zu erfüllen<sup>29</sup>.

Ab dem 16. Jahrhundert erhielt der Verleger, welcher ein Werk zum ersten Mal herausgab, ein eigentumsähnliches Recht auf Vervielfältigung und Verbreitung an diesem Werk<sup>30, 31</sup>. Dieses Recht entstand allerdings nur, wenn das Manuskript rechtmässig erlangt wurde<sup>32</sup> und erlosch, wenn die Drucklegung nicht regelmässig erfolgte<sup>33</sup>.

Im Zuge des rationalistischen Naturrechts entstand die Idee, dem Urheber aufgrund seiner schöpferischen Leistung das ausschliessliche Recht zur Veröffentlichung seines Werks zuzuerkennen, womit die Lehre vom geistigen Eigentum begründet wurde, die sich im 18. Jahrhundert durchsetzte<sup>34</sup>. Ausschlaggebend hierfür war der von John Locke begründete Begriff des Eigentums als Rechtfertigung für die Leistung des späteren Eigentümers<sup>35, 36</sup> sowie die zu jener Zeit verstärkte Bedeutung der Originalität und Individualität von Kunstwerk und Künstler<sup>37, 38</sup>. Knüpfte auch die Lehre vom geistigen Eigentum zunächst an den Nachdruck von Schriftwerken an, unterschied man mit der Zeit zwischen dem Sacheigentum am Werk-

---

<sup>27</sup> GEIGER, Grundrechte, 144 f. m.w.N.

<sup>28</sup> GIESEKE, 60; ULMER, 52; HANSEN, 15.

<sup>29</sup> DÖLEMEYER/KLIPPEL, N 8; HANSEN, 16; vgl. auch SIEGRIST, 65 ff.

<sup>30</sup> Sog. Theorie vom Verlagseigentum.

<sup>31</sup> GIESEKE, 93; HILTY, Urheberrecht, N 22; HANSEN, 17 f. siehe auch RIGAMONTI, 17, der betont, dass sich der Begriff des „Eigentums“ zu jener Zeit darin erschöpfte, dass der Druck eines Werks nur einem einzigen Verleger zustand und dieser die anderen vom Druck ausschliessen konnte.

<sup>32</sup> RIGAMONTI, 15; HANSEN, 18.

<sup>33</sup> GIESEKE, 93; HANSEN, 18.

<sup>34</sup> COING I, 222; VOGEL, N 100 zu Einl.

<sup>35</sup> LOCKE, II § 27, 306.

<sup>36</sup> COING I, 222.

<sup>37</sup> COING II, 152.

<sup>38</sup> Diese naturrechtliche Begründung des geistigen Eigentums basiert auf der aus der Natur der Sache folgenden Konsequenz des Schöpfungsakts und steht im Gegensatz zur utilitaristischen Theorie, in welcher der Urheberrechtsschutz auf ein übergeordnetes Ziel (z.B. die Förderung des Wohlstands) hin ausgerichtet ist, vgl. SENFTLEBEN, Schranken, 160; GIRSBERGER, 33 ff. Für eine umfassende Übersicht zum Naturrecht siehe SEELMANN, 131 ff.

exemplar und dem geistigen Eigentum am darin verkörperten Werk, womit der Grundstein zum heutigen Urheberrechtsdenken gelegt wurde<sup>39</sup>.

Auf der Grundlage des Locke'schen Eigentumsbegriffs, wonach jeder Vermögenswert derjenigen Person zuzuordnen ist, auf deren Leistung das betreffende Ergebnis beruht, wurde das Urheberrecht vorerst lediglich als Eigentumsrecht angesehen<sup>40</sup>. Erst im 19. Jahrhundert entwickelte sich die Lehre des Urheberrechts als Persönlichkeitsrecht, die sich massgeblich auf die Schrift von Immanuel Kant über die Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks (1785)<sup>41</sup> stützte. Kant unterschied in seinem Werk zwischen dem Buch, an dem ein Sachenrecht bestehe, und dessen Inhalt, an dem der Verfasser ein persönliches Recht habe<sup>42</sup>. Gestützt auf den Gedanken, dass dem Urheberrecht sowohl ein eigentums- als auch ein persönlichkeitsrechtlicher Charakter zukomme, entwickelte sich im 19. Jahrhundert schliesslich die Theorie des heutigen kontinentaleuropäischen Immaterialgüterrechts mit seiner persönlichkeitsrechtlichen Prägung<sup>43</sup>.

Die persönlichkeitsrechtliche Tradition des Urheberrechts, die den Urheber ins Zentrum stellt, wurde also erst durch die idealistische Philosophie des 18. und 19. Jahrhunderts geprägt. In eine andere Richtung verlief die Entwicklung des Urheberrechts im angloamerikanischen Rechtskreis. Dort entstand, im Unterschied zum urheberzentrierten kontinentaleuropäischen *Droit d'auteur*-Konzept<sup>44</sup>, das *Copyright*-Modell, das auf den Investitionsschutz ausgerichtet ist<sup>45</sup>.

Das kontinentaleuropäische Urheberrecht entwickelte sich demzufolge von einem anfänglichen Gewerbe- und Investitionsschutz zu einem Normgefüge, das den Urheber als Quelle der Schöpfung sowie das von ihm geschaffene Werk in den Mittelpunkt stellte und dem Urheber sowohl materielle als auch geistige Unabhängigkeit brachte sowie der Bevölkerung die freie geistige Auseinandersetzung mit Werken aller Art ermöglichte<sup>46</sup>. Anfangs des 18. Jahrhunderts wurde in England im Statute of Anne (1709) weltweit erstmals ein zeitlich befristetes, ausschliessliches Vervielfältigungsrecht des Autors an seinem Werk gesetzlich veran-

---

<sup>39</sup> HANSEN, 20 f.; vgl. auch SIEGRIST, 77.

<sup>40</sup> HILTY, Urheberrecht, N 28.

<sup>41</sup> Nachdruck und Kommentar von HUBMANN, 145 ff.

<sup>42</sup> HILTY, Urheberrecht, N 28.

<sup>43</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 29.

<sup>44</sup> Siehe GINSBURG, Tale of Two Copyrights, 991 ff.

<sup>45</sup> ELLINS, 77 und 361.

<sup>46</sup> GEIGER, Grundrechte, 145.

kert<sup>47</sup>. Nach und nach führten weitere Länder eine gesetzliche Regelung geistigen Eigentums ein<sup>48</sup>, bis es 1886 mit der Berner Übereinkunft erstmals zu einem internationalen Abkommen zum Urheberrecht kam<sup>49</sup>.

## **1.2. Gesetzliche Entwicklung in der Schweiz**

In der Schweiz verfügten bis zum Jahr 1883 die Kantone über die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Urheberrechts. Neben den einzelnen kantonalen Regelungen bestand ab dem Jahr 1856 das „Konkordat über den Schutz des schriftstellerischen und künstlerischen Eigentums“, das im Jahr 1862 in Kraft trat, an dem aber nicht alle Kantone beteiligt waren. Neben dieser überkantonalen Regelung existierten zudem einige Staatsverträge mit verschiedenen Ländern. Mit der Bundesverfassung von 1874 erhielt der Bund die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Urheberrechts. Heute stützt sich diese auf Art. 95 BV (Erlass von Vorschriften über die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit), Art. 122 BV (Erlass privatrechtlicher Vorschriften) sowie Art. 123 BV (Erlass strafrechtlicher Vorschriften)<sup>50</sup>.

In der Folge wurde im Jahr 1883 mit dem „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst (URG)“ das erste gesamtschweizerische Urheberrechtsgesetz erlassen. Beeinflusst durch die von der Schweiz mitbegründete und im Jahr 1886 abgeschlossene Berner Übereinkunft, die im Jahr 1908 erstmals revidiert wurde, folgte das „Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 07.12.1922“. Im Jahr 1940 wurde zudem das „Bundesgesetz betreffend die Verwertung von Urheberrechten“ (VerwG) erlassen. Im Jahr 1984 präsentierte der Bundesrat nach langwieriger, seit dem Jahr 1963 andauernden Vorarbeit eine Vorlage zur Revision der Urheberrechtsgesetzgebung, die das Parlament in der Folge jedoch zurückwies. Die Zurückweisung erfolgte u.a. mit der Begründung, die urheberfreundliche Vorlage berücksichtige die Interessen der Arbeitgeber, Produzenten und Werknutzer zu wenig<sup>51</sup>. Im Jahr 1992 nahm das Parlament die verbesserte Vorlage des Bundesrates an und das neue Gesetz sowie die vom Bundesrat erlassene Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte traten am 01.07.1993 in Kraft<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> HILTY, Urheberrecht, N 23.

<sup>48</sup> Vgl. REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 15 ff.

<sup>49</sup> Die Berner Übereinkunft „betreffend die Bildung einer internationalen Union zum Schutze der Werke der Literatur und Kunst“ wurde am 09.09.1886 geschlossen und in der Folge mehrmals revidiert, sodass man seit 1908 von der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) spricht, vgl. HILTY, Urheberrecht, N 63.

<sup>50</sup> Vgl. zum ganzen BARRELET/EGLOFF, N 2a ff. zu Titel und Ingress; HILTY, Urheberrecht, N 74; REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 1.

<sup>51</sup> Botschaft URG 1989, passim.

<sup>52</sup> Vgl. zum ganzen HILTY, Urheberrecht, N 75.

Im Gesetz von 1992 wurden u.a. die verwandten Schutzrechte eingeführt, die rechtliche Stellung der Arbeitgeber und Produzenten als Träger des finanziellen Risikos der Werkproduktion gestärkt und die Kontrolle über die Verwertungsgesellschaften verschärft<sup>53</sup>. Das Parlament hatte dem Bundesrat in der Rückweisung des Entwurfs vom Jahr 1984 zudem den Auftrag erteilt, auch die Stellung der verschiedenen Werknutzer zu verbessern<sup>54</sup>. Allerdings lehnten insbesondere die Nutzer und Produzenten einige, bereits im Entwurf von 1984 umstrittene Regelungen auch nach erfolgter Anpassung im Entwurf von 1989 ab<sup>55</sup>.

Die rasante Verbreitung des Internets und die fortschreitende technische Entwicklung machten Anfang des 21. Jahrhunderts erneute Anpassungen des Urheberrechts nötig. Zudem ratifizierte die Schweiz den WIPO-Urheberrechtsvertrag<sup>56</sup> und den WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger<sup>57</sup>. Die Umsetzung dieser beiden Abkommen beinhaltete im Wesentlichen die Anpassung des materiellen Urheberrechtsschutzes durch die Anerkennung des Rechts, Werke und andere Schutzobjekte über das Internet zugänglich zu machen. Weiter sahen die WIPO-Verträge die Einführung eines Verbots der Umgehung von technischen Massnahmen sowie die Einführung eines Schutzes von elektronischen Informationen zur Identifizierung von Werken und anderen Schutzobjekten und deren Nutzungsbedingungen vor. Zusätzlich zur Umsetzung der beiden WIPO-Verträge wurden zugunsten der Werknutzer neue Schutzschränken eingeführt bzw. bestehende Schutzschränken erweitert. Die Teilrevision des URG trat nach langer Debatte zwischen den verschiedenen Interessenvertretern am 01.07.2008 in Kraft<sup>58</sup>.

### **1.3. Vom Urheberschutz zurück zum Schutz der vermittelnden Marktteilnehmer**

Durch die technischen Entwicklungen, die veränderten Umstände der Werkschöpfung und die Steigerung der Bedeutung von Wissen und Information wandelte sich das Urheberrecht seit seiner Entstehung immer mehr von einem Kulturrecht zu einem Recht der Kulturindustrie<sup>59</sup>. Erfindungen wie etwa die des Plattenspielers und des Kassettenrecorders im Bereich der Musik oder des Videorecorders im Bereich des Films stellten die Urheberrechtsindustrie vor neue

---

<sup>53</sup> Botschaft URG 1989, 478.

<sup>54</sup> Botschaft URG 1989, 482.

<sup>55</sup> Botschaft URG 1989, 495.

<sup>56</sup> WIPO Copyright Treaty (WCT).

<sup>57</sup> WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT).

<sup>58</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 75 a.E.; siehe auch hinten 36.

<sup>59</sup> HOEREN, Urheberrecht 2000, 3.



Herausforderungen<sup>60</sup>, beinhalteten aber auch neue Möglichkeiten der Vermarktung. Schließlich läutete das Internet in Bezug auf den Urheberrechtsschutz ein neues Zeitalter ein. Im Zuge dieser technischen Entwicklungen ging und geht die Initiative zum Ausbau des Schutzes der Urheberrechte wie bereits bei der Einführung des Buchdrucks primär von Seiten der Werkvermittler aus<sup>61</sup>, die dadurch eine Möglichkeit schaffen wollen, an ihren herkömmlichen Geschäftsmodellen festzuhalten<sup>62</sup>. Die Forderung nach Schutz für diejenigen, die durch Investitionen zur Werkverbreitung beitragen oder diese gar erst ermöglichen, ist somit keineswegs eine erst im Zuge der Informationsgesellschaft aufgetretene Erscheinung<sup>63</sup>, auch wenn die technischen Entwicklungen der letzten Jahre zu einer gravierenden Umgestaltung der bisherigen Produktions- und Vertriebsmöglichkeiten geführt haben<sup>64</sup>. Während es sich bei den Druckprivilegien jedoch noch ausdrücklich um gewerberechtliche Regelungen zugunsten der Werkvermittler handelte, wird der Ruf nach einer Stärkung der Verwertungsrechte seit der Einführung des heutigen (urheberzentrierten) Urheberrechts mit der Notwendigkeit begründet, die Stellung des Urhebers zu stärken<sup>65</sup>. Das Vorschieben der Interessen der Urheber kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass durch den immer weiter ausgebauten Urheberschutz aufgrund der verbreiteten allgemeinen Abtretung der Urheberrechte vom Urheber auf die vermittelnden Marktteilnehmer faktisch insbesondere letztere profitieren<sup>66</sup>.

#### **1.4. Heutiger Zweck des Urheberrechts**

Mit dem Zweck des Urheberrechts ist vorliegend der rechtstheoretische Erklärungsansatz für die Notwendigkeit eines Urheberrechtsschutzes, also seine Rechtfertigung, gemeint. Diese, der eigentlichen Urheberrechtsgesetzgebung übergeordnete Begründung für das Bestehen des

---

<sup>60</sup> Vgl. LESSIG, Code, 172: „[...] copyright has always been at war with technology“. Siehe auch GINSBURG, Copyright and Control, 1614.

<sup>61</sup> Vgl. als Beispiel die Bemühungen der europäischen Tonträgerindustrie, die Schutzfrist für Leistungsschutzrechte innerhalb der EU auf 95 Jahre zu verlängern, was einen entsprechenden Vorschlag der EU-Kommission zur Folge hatte, der sich nur einseitig auf die Interessen der Tonträgerindustrie stützt, siehe hierzu HILTY/KUR/KLASS/GEIGER/PEUKERT/DREXL/KATZENBERGER, 907 ff. Das Europäische Parlament kam der Forderung im Jahr 2009 teilweise nach und beschloss eine Verlängerung um 20 Jahre. Der EU-Rat nahm den entsprechenden Richtlinienentwurf 2011 an, vgl. [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/intm/124570.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/124570.pdf).

<sup>62</sup> Vgl. WILLINSKY, 47.

<sup>63</sup> HILTY, Sündenbock, 107: „Nun weiß der aufgeklärte Urheberrechtler natürlich, dass Debatten um das Urheberrecht in regelmäßigen Abständen wiederkehren. Denn die Geschichte des Urheberrechts war im Grunde nie etwas anderes als der ständige Versuch, die jeweils neusten technischen Entwicklungen auf rechtlicher Ebene zu bewältigen.“; vgl. auch SIEGRIST, 80.

<sup>64</sup> DREIER, CR 2000, 46.

<sup>65</sup> Vgl. HANSEN, 63 m.w.N.

<sup>66</sup> Vgl. HILTY, ZUM 2003, 984; HANSEN, 40.

Urheberrechts ist von dessen Gegenstand zu unterscheiden, der sich direkt aus der urheberrechtlichen Gesetzgebung ergibt<sup>67</sup>.

Im Gegensatz zum vorher beschriebenen Zweck im Sinne der Rechtfertigung der Notwendigkeit legislatorischen Handelns auf einem bestimmten Gebiet wird als Regelungszweck allgemein die von einem Gesetz vorgenommene Interessensbewertung und -ausgleichung bezeichnet<sup>68</sup>.

#### **1.4.1. Interessenausgleich**

Auch wenn das heutige Konzept des Urheberrechts, auf dem Gedankengut der Aufklärung basierend, die Persönlichkeit des Schöpfers in den Mittelpunkt stellt, hat keinesfalls nur der Urheber schutzwürdige Interessen in Bezug auf das Werk<sup>69</sup>. So wurde bereits in der Botschaft vom Jahr 1881 zum ersten gesamtschweizerischen Urheberrechtsgesetz auf die Notwendigkeit hingewiesen, dem urheberrechtlichen Schutz zugunsten der Gesellschaft Grenzen zu setzen<sup>70</sup>. Mit Blick auf die Partikularinteressen, die sich in Bezug auf ein urheberrechtliches Werk gegenüberstehen, ist einerseits zwischen denjenigen der Urheber und denjenigen der Werknutzer zu unterscheiden. Eine, insbesondere von den Urhebern unabhängige, eigenständige Rolle kommt daneben aber auch den Interessen der vermittelnden Marktteilnehmer zu, zumal sich diese nicht zwangsläufig immer mit den Interessen der Urheber decken<sup>71</sup>.

##### **1.4.1.1. Betroffene Interessen**

###### **1.4.1.1.1. Interessen der Allgemeinheit**

Nach Aristoteles streben alle Menschen von Natur aus nach Wissen<sup>72</sup>. In der Tat sind Wissen und Information seit jeher die Grundlagen der Entwicklung der Menschheit und im 21. Jahrhundert mehr denn je von derart zentraler Bedeutung, dass im Zusammenhang mit der

---

<sup>67</sup> Vgl. hinten 21 ff.

<sup>68</sup> M. BERGER, Irrtümer, 12; MACCIACCHINI, Meinungsfreiheit, 40.

<sup>69</sup> Vgl. statt vieler HILTY, Urheberrecht, 35 ff.

<sup>70</sup> Botschaft URG 1881, 649 f.: „Das allgemeine Interesse fordert, daß dem geistigen Verkehr und der intellektuellen Erziehung keine Hindernisse gesetzt werden, die leicht unüberwindlich werden könnten. Die Meisterwerke des menschlichen Genius dürfen nicht auf unendliche Zeit hin das Erbtheil einer geringen Anzahl Privilegierter bleiben. Die Gesellschaft muß, nachdem sie den Autor und seine Familie in reichem Maße in den Stand gesetzt, die Früchte seiner Arbeit einzuheimsen, auch ihre legitimen Rechte geltend machen können [...]“.

<sup>71</sup> HILTY, Sündenbock, 115 ff.; vgl. sogleich 14 f.

<sup>72</sup> Aristoteles, Metaphysik I 1, 980 a 21.

heutigen Gesellschaft von einer Informations- bzw. Wissensgesellschaft gesprochen wird<sup>73</sup>. Ein moderner Staat wäre ohne Wissen in Form von Know-how im Hinblick auf Produktion und Angebot von Gütern und Dienstleistungen undenkbar. Wissen und Information sind zudem die Grundlage für die freie Meinungsbildung und insofern von zentraler Bedeutung für eine funktionierende Demokratie. Wissen, verstanden als individueller Erwerb und Weitergabe von Fähigkeiten und Fertigkeiten, vereinfacht somit das alltägliche Leben der Menschen und fördert den Wohlstand<sup>74</sup>. Mit wachsendem Wohlstand steigen die Bedürfnisse nach kultureller Entfaltung und Selbstverwirklichung, also nach der Auslebung der eigenen Kreativität und dem Konsum kreativer Leistungen anderer<sup>75</sup>. Auch hier sind Wissen und Information als Grundlage sämtlicher Kulturgüter von zentraler Bedeutung<sup>76</sup>. In diesem Sinne hat die Gesellschaft ein Interesse an der Produktion und Verbreitung von Informationen und Wissen sowie an der Förderung von Kreativität und Innovation<sup>77</sup>.

#### 1.4.1.1.2. Interessen der Urheber

Im heutigen Urheberrecht geht man davon aus, dass Urheber bei der Werkschöpfung durch monetäre Interessen geleitet werden<sup>78</sup>. Es gibt daneben aber auch Urheber, die aus anderen Motiven schöpferisch tätig werden<sup>79</sup>. So sind viele Werkschaffende insbesondere an der Verbreitung ihrer Werke interessiert<sup>80</sup>. Das zeigt auch die Tatsache, dass offene Modelle wie das nachfolgend zu untersuchende Creative-Commons-Modell weltweit erheblichen Anklang

---

<sup>73</sup> Die Informationsgesellschaft kann definiert werden als eine Gesellschaft, in der die Schaffung, Verbreitung, Nutzung, Integration und Bearbeitung von Information eine wichtige wirtschaftliche, politische und kulturelle Tätigkeit darstellt, vgl. KRÖGER, Informationsfreiheit, 1. Der Begriff der Informationsgesellschaft hat im Zusammenhang mit der technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen der letzten Jahre enorm an Bedeutung gewonnen. Information wird nunmehr als werthaltiges Gut wahrgenommen, das einerseits als öffentliches Gut möglichst frei zugänglich sein bzw. frei fließen, andererseits als privates Gut dem Markt zugänglich gemacht werden soll, GIRSBERGER, 15 ff. Der Begriff der Informationsgesellschaft wird in neuster Zeit vermehrt durch den Terminus Wissensgesellschaft abgelöst, der weniger die technisch-ökonomischen Aspekte der Gesellschaft hervorhebt, sondern vielmehr „eine Perspektive [eröffnet,] die auf den Willen und die Befähigung der Menschen zur Selbstbestimmung setzt [...]. Nicht Rechnerleistung und Miniaturisierung werden die Qualität der künftigen gesellschaftlichen Entwicklung bestimmen. Entscheidend wird die Auswahl des Nützlichen und die Fähigkeit zum Aushalten von Ambivalenz und Unsicherheit sein, die Gestaltung des Zugangs zu Wissen und der fehlerfreundliche Umgang mit dem Nichtwissen.“, Zitat der Heinrich Böll Stiftung Berlin, <http://www.wissensgesellschaft.org/>.

<sup>74</sup> Vgl. EBERLE, 279.

<sup>75</sup> In dieser Arbeit wird von einem weiten Kulturverständnis ausgegangen, das neben der „Kultur im engeren Sinn“ auch den Bereich der Bildung und Wissenschaft umfasst, vgl. BARUCH/LALOË/PRADERIE, passim.

<sup>76</sup> Vgl. KLOEPFER, N 1 zu §1.

<sup>77</sup> Vgl. REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 48. Zum ganzen auch SCHRICKER, 242 ff.

<sup>78</sup> Siehe hinten 16 f.

<sup>79</sup> Siehe vorne 13.

<sup>80</sup> So z.B. angestellte Wissenschaftler, HILTY, Urheberrecht, N 39.

finden. Für diese Gruppe von Urhebern bringt die fortlaufende Erhöhung des urheberrechtlichen Schutzniveaus nicht die gewünschte Wirkung. Aus diesem Grund lässt sich in der Ausweitung der Schranken zugunsten der Werknutzer auch ein Vorteil für die Urheber sehen: Zwar hat der Ausbau von Schrankenbestimmungen in erster Linie eine Abschwächung des urheberrechtlichen Schutzes zur Folge, doch resultiert aus dem erleichterten Zugang und der einfacheren Nutzbarkeit auch eine positive Wirkung mit Bezug auf die Werkverbreitung; da die Nutzung durch Schrankenbestimmungen durchaus auch mit einer Vergütung gekoppelt werden kann, müssten die Urheber auch dann nicht auf die Einnahmen durch die Werkverbreitung verzichten, wenn die Schranken zugunsten der Nutzer ausgebaut würden<sup>81</sup>. Zumindest für die Gruppe der Urheber, die an einer möglichst weitgehenden Verbreitung ihrer Werke interessiert sind, lässt sich in dieser Hinsicht ein Gleichlauf der Interessen mit denjenigen der Nutzer beobachten<sup>82</sup>. Aber auch wenn Urheber die Werkverbreitung nicht selber vornehmen, sondern ihre Rechte hierzu an vermittelnde Marktteilnehmer übertragen, stellt sich die Frage, ob hier ein starkes Urheberrecht nicht vielmehr den vermittelnden Marktteilnehmern dient, zumal die Urheber ihre Rechte für die Werkverwertung an diese abtreten. Vor diesem Hintergrund haben die Werkschaffenden auch ein Interesse an der Stärkung ihrer Rechte gegenüber den Werkverwertern<sup>83</sup>.

#### 1.4.1.1.3. Interessen der vermittelnden Marktteilnehmer

Eine wichtige Rolle bei der Werkverbreitung kommt den vermittelnden Marktteilnehmern zu. Zwar sehen sie sich selbst gerne als Vertreter der Urheber, deren Interessen sie auf dem Markt durchsetzen, womit sie oft nicht als eigentliche dritte Interessengruppe neben den Nutzern und den Urhebern, sondern viel eher als der Gruppe der Urheber zugehörig angesehen werden; trotzdem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die Interessen der vermittelnden Marktteilnehmer von denjenigen der Urheber unterscheiden können, zumal jene nicht schöpferisch tätig werden, sondern die Verwertung der immateriellen Güter übernehmen<sup>84</sup>. Aus diesem Grund besteht auf Seiten der vermittelnden Marktteilnehmer primär ein finanzielles Interesse am Werk, womit sich die Interessenlage insbesondere von derjenigen solcher Urheber unterscheidet, die durch ihr Schaffen nicht primär monetäre Ziele verfolgen<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Vgl. zum ganzen HILTY, Sündenbock, 123.

<sup>82</sup> HILTY, Sündenbock, 124.

<sup>83</sup> HILTY, Urheberrecht, N 37 f.

<sup>84</sup> Vgl. HILTY, Sündenbock, 113 f.

<sup>85</sup> HILTY, Urheberrecht, N 39, 41.

#### 1.4.1.1.4. Interessen der Werknutzer

Die dritte Interessengruppe im Urheberrecht ist diejenige der Werknutzer. Auch in dieser Gruppe besteht, wie in derjenigen der Werkschaffenden, kein einheitliches Interesse. Vielmehr kann zwischen folgenden Interessen unterschieden werden: Einerseits besteht bei denjenigen Werknutzern, die urheberrechtlich geschützte Werke konsumieren, ein Interesse am Zugang zu Werken zu einem fairen Preis<sup>86</sup>. Der Zugang alleine befriedigt aber noch nicht sämtliche Nutzerinteressen. Vielmehr besteht daneben auch ein Interesse, Werke als Grundlage für weiteres Werkschaffen benutzen zu dürfen<sup>87</sup>. Zudem lässt sich auch ein Interesse kommerzieller Anwender<sup>88</sup> daran ausmachen, durch die Aufarbeitung von Werken nicht nur einen Profit für sich selbst, sondern auch einen Mehrwert für die Allgemeinheit zu schaffen<sup>89</sup>.

#### 1.4.1.2. Grundrechtliche Dimension

Schliesslich hat sich der urheberrechtliche Schutz im Rahmen der Förderung des Interessenausgleichs insbesondere auch an den Grundrechten zu orientieren. Durch die Urheberrechtsgesetzgebung allgemein betroffen sind insbesondere die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV), die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), die Medienfreiheit (Art. 17 BV), die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) sowie die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV)<sup>90</sup>. Das Urheberrecht als Rechtsinstitut und der Bestand und Kerngehalt der Rechte, die Urhebern aufgrund ihrer geistigen Leistung zugestanden werden (Urheberrecht im subjektiven Sinn), werden durch die Eigentumsgarantie geschützt<sup>91</sup>. Die Meinungs- und Informationsfreiheit, die Medienfreiheit, die Kunstfreiheit sowie die Wissenschaftsfreiheit schützen einerseits den Urheber in der Verfügung über die eigenen Werke und Leistungen und verleihen ihm das Recht, für die Veröffentlichung und Verbreitung seines Werks eine Vergütung erwarten zu dürfen. Gleichzeitig ermöglichen diese Grundrechte der Allgemeinheit aber auch, auf bestehende Werke frei zuzugreifen und diese weiterzuverarbeiten<sup>92</sup>. Soweit es um die Beachtung der ge-

---

<sup>86</sup> HILTY, Sündenbock, 118.

<sup>87</sup> HILTY, Sündenbock, 118 f.

<sup>88</sup> Als Beispiel können hier Pressespiegel genannt werden, vgl. HILTY, Sündenbock, 118.

<sup>89</sup> HILTY, Sündenbock, 118; zu den involvierten Interessen siehe auch HILTY, ZUM 2003, 985 ff.

<sup>90</sup> GEIGER, GRUR Int. 2004; GEIGER, Grundrechte, 146.

<sup>91</sup> GASSER/OERTLI, in: Müller/Oertli, N 4 zu Vorbem. zum 5. Kapitel.

<sup>92</sup> Vgl. KUHLEN, 136 f.

nannten Grundrechte bei der Ausgestaltung und Anwendung urheberrechtlicher Normen mit Wirkung zwischen Privaten geht, haben staatliche Organe diese zu berücksichtigen<sup>93</sup>.

Aufgrund der Tatsache, dass neben den Interessen der Urheber auch jene der Allgemeinheit grundrechtlich geschützt sind und den Grundrechtsgarantien Gleichrangigkeit zukommt, kann abgeleitet werden, dass das Ziel des Urheberrechts nicht sein kann, dem Rechteinhaber eine umfassende Kontrolle über seine Werke zu gewährleisten und somit die Interessen der Urheber als höherrangig zu behandeln<sup>94</sup>. Vielmehr ist auch in grundrechtlicher Hinsicht auf die übrigen involvierten Interessen in gleichem Ausmass Rücksicht zu nehmen.

#### **1.4.2.      Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung**

Im Hinblick auf die zentrale Rolle, welche die Ressourcen Wissen und Information in der heutigen Gesellschaft spielen, hat der Staat ein Interesse daran, dass der Schutz geistigen Eigentums nicht nur Selbstzweck ist, sondern einen Beitrag zur Sicherung des wirtschaftlichen, kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts leistet<sup>95</sup>. Aus diesem Grund hat er dafür Sorge zu tragen, optimale Rahmenbedingungen für geistig-schöpferische Prozesse zu schaffen<sup>96</sup>. Es stellt sich mithin die Frage nach der Art und Ausgestaltung geeigneter Mittel, um die Produktion und Verbreitung geistiger Leistungen zu fördern und dadurch das Wohl der Gesellschaft in ökonomischer, sozialer und kultureller Hinsicht zu steigern<sup>97</sup>. Bei der Ausgestaltung der urheberrechtlichen Normen wird gestützt auf das Homo-oeconomicus-Modell davon ausgegangen, dass sich Urheber primär von monetären Anreizen zur Schaffung von Werken bewegen lassen<sup>98</sup>. Die Annahme ist, dass der Urheber nur dann neue Werke schafft, wenn er deren Wert nach dem Schöpfungsakt auch realisieren kann, was voraussetzt, dass das geschaffene Informationsgut handelbar und somit dem Markt zugänglich ist<sup>99</sup>. Da es sich bei Informationen aber um öffentliche Güter handelt, eignen sie sich aufgrund der Nicht-Rivalität<sup>100</sup> und

---

<sup>93</sup> Sog. indirekte Drittwirkung, vgl. KIENER/KÄLIN, 41; TSCHANNEN, §7 N 65 f.; BREINING-KAUFMANN/WEBER, 417; GEIGER, Grundrechte, 146; GEIGER, GRUR Int. 2004, 817.

<sup>94</sup> Vgl. BGE 131 III 480, E. 3.1 ff.

<sup>95</sup> SIEBER, 50; vgl. auch HILTY, Sündenbock, 111.

<sup>96</sup> Dieser utilitaristische, sich am Wohl der Gesellschaft orientierende Ansatz steht im Gegensatz zur naturrechtlichen Begründung, welche die Lehre des geistigen Eigentums bei deren Entstehen im 17./18. Jahrhundert prägte, zum ganzen SENFTLEBEN, Schranken, 160; HANSEN, 88; vgl. auch vorne 7.

<sup>97</sup> SENFTLEBEN, Schranken, 160; vgl. auch HANSEN, 109 ff.

<sup>98</sup> Eingehend zur heutigen Rechtfertigung des Urheberrechts HANSEN, 81 ff.; siehe auch HILTY, Urheberrecht, N 52 ff.

<sup>99</sup> Vgl. statt vieler REHBINDER/VIGANÒ, N 4 zu Art. 1.

<sup>100</sup> Die Nutzung eines Produkts ist nicht-rivalisierend, wenn beliebig viele Personen es gleichzeitig nutzen können, ohne dass es verbraucht wird, GIRSBERGER, 16.

Nicht-Exklusivität<sup>101</sup> ihrer Nutzung nicht für die Vermarktung<sup>102</sup>. Um die Handelbarkeit solcher öffentlicher Güter zu erreichen, kann sie der Staat entweder selbst produzieren bzw. die Produktion finanzieren<sup>103</sup>, oder aber er schafft Bedingungen, die das Entstehen eines funktionierenden Marktes fördern<sup>104</sup>. Die Urheberrechtsgesetzgebung soll eben solche Rahmenbedingungen schaffen, indem durch das dem Urheber eingeräumte Ausschliesslichkeitsrecht die Folgen der faktischen Nicht-Exklusivität rechtlich gemindert werden<sup>105</sup>.

Allerdings ist dabei folgendes, mit sämtlichen Immaterialgütern einhergehendes Dilemma zu beachten: Je stärker die Rechte ausgestaltet sind, welche die Schaffung künftiger Werke fördern sollen, umso mehr wird die Verbreitung bestehender und mittelbar auch die Erzeugung neuer Werke gehemmt<sup>106</sup>. So hat der Ausbau des Schutzes immer auch eine Abnahme des Wettbewerbs zur Folge, was wiederum dazu führt, dass gewisse Produkte nicht produziert bzw. neue Geschäftsmodelle nicht eingeführt werden<sup>107</sup>. Ein Zuviel an Schutz birgt überdies die Gefahr einer übermässigen Einschränkung des Zugangs zu Informationsprodukten<sup>108</sup>. Als Folge davon entstehen Informations-, Such- und Verhandlungskosten, welche die Nutzung von Werken und die darauf aufbauende Schaffung abgeleiteter Werke be- oder gar verhindern<sup>109</sup>. Weitere Nachteile des Ansatzes der Anreiz- und Nutzungsoptimierung bestehen überdies in den Kosten für die Errichtung und Erhaltung des urheberrechtlichen Schutzsystems<sup>110</sup>. Ziel des Urheberrechts muss es nach der positiven Ökonomik<sup>111</sup> deshalb sein, dass die Nachteile, die aus dem Urheberrechtsschutz in Bezug auf die Verbreitung bestehender Werke und

---

<sup>101</sup> Die Nutzung eines Produkts ist dann nicht-exklusiv, wenn es nicht möglich oder mit unverhältnismässig hohem Aufwand verbunden ist, bestimmte Personen von der Nutzung auszuschliessen, GIRSBERGER, 16.

<sup>102</sup> Es kommt zu einem Marktversagen, HANSEN, 131 m.w.N.; vgl. hierzu auch GOLDHAMMER, 84 ff.

<sup>103</sup> Vgl. die Vorschläge verschiedener Förderungsmöglichkeiten bei CROSKERY, 631 ff.

<sup>104</sup> OHLY, 3; GRASSMUCK, DRM, 164.

<sup>105</sup> HANSEN, 131.

<sup>106</sup> PEUKERT, Schutzniveau, 50 m.w.N.

<sup>107</sup> HILTY, Sündenbock, 115.

<sup>108</sup> HILTY, Sündenbock, 115.

<sup>109</sup> HANSEN 133.

<sup>110</sup> Vgl. zum ganzen auch HANSEN, 132 f.

<sup>111</sup> Während sich die normative Ökonomik mit dem befasst, was sein soll, beschäftigt sich die positive Ökonomik mit dem, was ist. Dazu erfolgt eine deskriptiv-analytische Untersuchung der tatsächlichen Situation und eine Analyse der Auswirkungen von Änderungen bestimmter Variablen. Als Grundsatzannahmen dienen dabei die Knappheit der Ressourcen, die Unbegrenztheit von Bedürfnissen und das Handeln des Individuums als homo oeconomicus vgl. zum ganzen PEUKERT, Güterzuordnung, 98 ff. m.w.N.

Leistungen resultieren, die Vorteile der Kreativitäts- und Innovationsförderung nicht übersteigen<sup>112</sup>.

### 1.4.3. Kritik am Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung

Obschon die Vertreter des Ansatzes der Anreiz- und Nutzungsoptimierung aufgrund der negativen Auswirkungen auf die Nutzerinteressen nicht ein uneingeschränktes, hohes Schutzniveau befürworten<sup>113</sup>, wird dieser Ansatz von verschiedenen Seiten kritisiert<sup>114</sup>. Dabei finden sich in der Literatur Stimmen, welche die Anreizschaffung durch das Urheberrecht unter Hinweis auf alternative Möglichkeiten zum Umgang mit der Nicht-Exklusivität von Geisteswerken ganz oder teilweise ablehnen<sup>115</sup>. So erachten insbesondere PLANT<sup>116</sup> und BREYER<sup>117</sup> den Zeitvorsprung, der dem Urheber von der Erstveröffentlichung bis zur Kopie durch Dritte zukommt als ausreichend, um mit der Werkverwertung einen angemessenen Gewinn erzielen zu können<sup>118, 119</sup>. Durch die Digitalisierung haben sich die Umstände allerdings dahingehend geändert, dass Kopien unmittelbar nach der Erstveröffentlichung erstellt werden können<sup>120</sup>. Ein solcher Zeitvorsprung, wie er sich vor der Zeit des Internets noch aus den faktischen Gegebenheiten ergab, wäre heute allenfalls mittels einer kurz bemessenen Schutzperiode durch das Urheberrecht ab dem Zeitpunkt der Werkschöpfung zu erreichen<sup>121</sup>.

Für die den Gegenstand dieser Arbeit bildenden Creative-Commons-Lizenzen ist der von PALMER vertretene Ansatz interessant, wonach der primäre Anreiz für Werkschaffende nicht darin besteht, Kopien des Werks zu verkaufen<sup>122</sup>. Vielmehr sieht PALMER die Möglichkeit zur Anreizschaffung in alternativen Strategien wie der werbefinanzierten Refinanzierung, der rein technisch oder vertraglich abgesicherten Verwertung oder der Verbindung des Vertriebs von

---

<sup>112</sup> PEUKERT, Schutzniveau, 50 m.w.N.; PEUKERT, Schutzbereich, 20; für eine wirtschaftliche Analyse des Urheberrechts in Bezug auf den Interessenausgleich vgl. auch PEUKERT, Schutzbereich, 11 ff.; HANSEN, 133 m.w.N.

<sup>113</sup> PEUKERT, Schutzbereich, 20.

<sup>114</sup> HANSEN, 134.

<sup>115</sup> HANSEN, 135.

<sup>116</sup> PLANT, 171.

<sup>117</sup> BREYER, 299 ff.

<sup>118</sup> Sog. „First mover advantage“, FRIEDMAN, 142.

<sup>119</sup> Siehe hierzu ausführlich HANSEN, 135 ff.

<sup>120</sup> Siehe die Kritik an BREYERS Argument bei HANSEN, 136 sowie SCHACK, Urheberrecht, N 14 FN 21.

<sup>121</sup> Vgl. hierzu HILTY, Sündenbock, 132, der im Sinne eines Denkanstosses die Möglichkeit nennt, ein Werk zunächst nur für eine kurze Zeit zu schützen und die Verlängerung des Rechtsschutzes von einer Anmeldung des Rechteinhabers abhängig zu machen.

<sup>122</sup> PALMER, 277.



nicht-exklusiven mit exklusiven Gütern<sup>123, 124</sup>. Zwar spricht sich PALMER grundsätzlich gegen die Notwendigkeit der Anreizschaffung durch das Urheberrecht aus<sup>125</sup>, was auf den ersten Blick nicht zu offenen Modellen wie dem der Creative-Commons-Lizenzen passt, die gerade auf dem geltenden Urheberrecht aufbauen. Dennoch weisen Creative-Commons-lizenzierte Werke aufgrund der freien Verbreitungsmöglichkeit durch die Nutzer, gleich wie die durch das Urheberrecht nicht geschützten Informationen, einen nicht-exklusiven Charakter auf. Der Rechteinhaber verzichtet nämlich im Hinblick auf das Verbreitungsrecht – und je nach eingesetzter Lizenz auch bezüglich weiterer Rechte<sup>126</sup> – auf das ihm durch das Urheberrecht zukommende Ausschliesslichkeitsrecht. Funktionierende Geschäftsmodelle im Zusammenhang mit Creative-Commons-Lizenzen bestehen denn auch in den von PALMER propagierten werbefinanzierten Refinanzierungsstrategien und in der Koppelung von nicht-exklusiven (Creative-Commons-lizenzierten) Werken mit exklusiven Werken<sup>127</sup>.

HANSEN nennt zudem unter Hinweis auf weitere Autoren<sup>128</sup> auch die Möglichkeit einer staatlichen Förderung von Werkschaffenden<sup>129</sup>. Allerdings lehnt der Autor einen Wechsel vom derzeit vorherrschenden marktorientierten Urheberrecht zu einem System der rein staatlichen Förderung aus Gründen des hohen Verwaltungsaufwandes und der daraus resultierenden Kosten sowie aus Gerechtigkeitsgründen und der Gefahr staatlicher Zensur ab<sup>130</sup>. Ein in diesem Zusammenhang immer wieder diskutiertes Thema ist schliesslich die Einführung einer Kulturflatrate im Sinne einer gesetzlich geregelten Pauschalabgabe, die bei den (potentiellen) Werknutzern erhoben und an die Werkschaffenden ausgeschüttet wird<sup>131</sup>.

Gewisse Autoren begründen die Unnötigkeit der Anreizschaffung durch das Urheberrecht damit, dass rechtliche Regelungen angesichts der technischen Möglichkeiten nicht mehr nötig seien<sup>132</sup>. Allerdings zeigt gerade die Einführung des rechtlichen Schutzes technischer Schutzmassnahmen, auf die nachfolgend näher eingegangen wird<sup>133</sup>, dass technische Massnahmen

---

<sup>123</sup> PALMER, 288 ff.

<sup>124</sup> Zur Kritik dieses Ansatzes HANSEN, 138 f.

<sup>125</sup> PALMER, 303 f.

<sup>126</sup> Vgl. hinten 63 ff.

<sup>127</sup> Vgl. zu diesen Modellen hinten 274 ff.

<sup>128</sup> So insbesondere SHAVELL/VAN YPERSELE, 525 ff.

<sup>129</sup> HANSEN, 139 ff.

<sup>130</sup> Vgl. HANSEN, 141.

<sup>131</sup> Eine Kulturflatrate befürwortend GRASSMUCK, ZUM 2005, 107 ff.; FLECHSIG, 97 ff.; ablehnend RASCH, 105 ff.; STALDER, 317; differenzierend BAUMGARTNER, 216 f. Zur Idee einer Kulturflatrate siehe auch HILTY, Urheberrecht, N 229.

<sup>132</sup> Vgl. BECHTOLD, DRM, 384 f.

<sup>133</sup> Vgl. hinten 33 ff.

umgangen werden können und somit nicht geeignet sind, dem nicht-exklusiven Charakter geistiger Leistungen entgegenzuwirken<sup>134</sup>.

Schliesslich wird verbreitet aber auch schon überhaupt bezweifelt, dass (nur) monetäre Anreize einen positiven Effekt auf die Werkschöpfung haben<sup>135</sup>. Es wird kritisiert, dass die sich am Homo-oeconomicus-Modell orientierende Fokussierung auf finanzielle Interessen den verschiedenen Anwendungsbereichen des Urheberrechts nur bedingt Rechnung trägt<sup>136</sup>. So sind verschiedene andere Motivationsfaktoren denkbar, die bestimmte Urheber zur Werkschöpfung animieren. Gerade – aber nicht nur – im Wissenschaftsbereich stehen bei den Urhebern meist Interessen anderer Natur, wie die Förderung der Karriere oder die Verbreitung des eigenen Namens im Vordergrund<sup>137</sup>. Urheber werden also durchaus auch aufgrund der Aussicht auf Anerkennung und Aufmerksamkeit schöpferisch tätig<sup>138</sup>. Zudem werden Menschen auch nur durch die Freude an der kreativen Tätigkeit zur Werkschöpfung animiert<sup>139</sup>, oder ihrem Handeln liegen altruistische Überlegungen zugrunde<sup>140</sup>.

Bisher konnte empirisch nicht belegt werden, dass das Urheberrecht in seiner bisherigen Konzeption Kreativität fördert<sup>141</sup>. Weil das aktuelle Urheberrecht auf der Annahme basiert, dass Urheber insbesondere durch monetäre Anreize zur Werkschöpfung motiviert werden, stellt sich allgemein die Frage, inwiefern Urheber auch tatsächlich finanziell von ihrem Werkschaffen profitieren<sup>142</sup>. Gestützt auf die wenigen empirischen Studien<sup>143</sup>, die diese Frage zu beantworten versuchen, zieht HANSEN den Schluss, dass sich insbesondere vermittelnde Marktteilnehmer durch die monetären Anreize des Urheberrechts zu Investitionen in die Produktion und den Vertrieb von Geisteswerken motivieren lassen. Bei den Urhebern hingegen sei eine monetäre Anreizwirkung lediglich für die verhältnismässig kleine Gruppe der Best-

---

<sup>134</sup> Vgl. hierzu auch HANSEN, 143 m.w.N.

<sup>135</sup> Vgl. HOEREN, EuZ 2012, 8; BECHTOLD, GRUR Int. 2008, 487 f.; LUTTERBECK, 325.

<sup>136</sup> Vgl. SENFTLEBEN, Schranken, 161.

<sup>137</sup> Vgl. vorne 13.

<sup>138</sup> HANSEN, 154 verweist in diesem Zusammenhang auf die Creative-Commons-Bewegung; vgl. auch GOLDHAMMER, 103.

<sup>139</sup> KUHLEN, 240; PEUKERT, Schutzbereich, 44; STIRNIMANN, 8 m.w.N.

<sup>140</sup> HANSEN, 154; vgl. zum ganzen auch KUHLEN, 176 sowie LIANG, 48.

<sup>141</sup> TOWSE, Creativity, 23.

<sup>142</sup> Vgl. HANSEN, 155.

<sup>143</sup> HANSEN, 155 ff., stützt sich insbesondere auf die folgenden Arbeiten: TOWSE, Earnings of Singers, 209 ff.; TOWSE, Economic Incentives, 369 ff.; TOWSE, Partly for the Money; TOWSE, Cultural Policy, 419 ff.

sellerautoren und Superstars zu vermuten; die grosse Masse der Urheber werde hingegen nicht primär aus finanziellen Überlegungen kreativ tätig<sup>144</sup>.

Auf die vorgehend genannten alternativen Denk- und Lösungsansätze im Zusammenhang mit der Anreizschaffung zur Werkschöpfung kann in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden<sup>145</sup>. Die vorstehenden Ausführungen sollen lediglich zeigen, dass die dem heutigen Urheberrecht zugrunde liegende Annahme, Werkschaffen lasse sich primär durch monetäre Anreize fördern, in der urheberrechtlichen Literatur durchaus auch bezweifelt wird<sup>146</sup>.

## **1.5. Gegenstand des Urheberrechts**

### **1.5.1. Werk als Schutzobjekt**

Nach dem Wortlaut von Art. 1 URG unter dem Titel „Gegenstand“ regelt das URG „den Schutz der Urheber und Urheberinnen von Werken der Literatur und Kunst“. Aufgrund dieses Wortlauts wird von einem Teil der Lehre der Schutz des Urhebers als Zweck des Urheberrechts genannt<sup>147</sup>.

Eine andere Lehrmeinung geht davon aus, dass die Nennung der Person des Urhebers als Schutzobjekt des Urheberrechts irreführend und unzutreffend ist<sup>148</sup>. Angeknüpft wird vielmehr an das Werk als zentralem Element<sup>149</sup>, das vom Urheberrecht dann geschützt wird, wenn es die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt<sup>150</sup>. Der Urheber als Inhaber des Urheberrechts an dem von ihm geschaffenen Werk nimmt zwar ebenfalls eine zentrale Stellung ein und gilt insofern als Rechtssubjekt; Rechtsobjekt des Urheberrechts ist hingegen das Werk<sup>151</sup>. Geht man in diesem Sinne vom Werk als zentralem Element des Urheberrechts aus, besteht das Regelungsziel des Urheberrechts nicht primär im Schutz der Interessen der Urheber unter Berücksichtigung der Interessen der Werknutzer als Ausnahmen. Vielmehr gilt es, einen Aus-

---

<sup>144</sup> HANSEN, 160 f. m.w.N.

<sup>145</sup> Für eine umfassende Betrachtung des traditionellen Ansatzes der Anreiz- und Nutzungsoptimierung siehe HANSEN, 129 ff.

<sup>146</sup> Gemäss BECHTOLD, GRUR Int. 2008, 487, besteht „das grösste Versäumnis der rechtsökonomischen Analyse des Urheberrechts [allerdings] darin, noch immer keine befriedigende Alternative zu anreizbasierten Erklärungsansätzen gefunden zu haben“.

<sup>147</sup> Vgl. BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 1; CHERPILLOD, Geltungsbereich, SIWR II/1, 9; MIJATOVIC, 15.

<sup>148</sup> M. BERGER, Irrtümer, 4 ff.; MACCIACCHINI, Meinungsfreiheit, 40 f.; HILTY, Urheberrecht, N 95.

<sup>149</sup> REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 90.

<sup>150</sup> Vgl. hinten 74 f.

<sup>151</sup> M. BERGER, Irrtümer, 13 f.; MACCIACCHINI, Meinungsfreiheit, 40 f. nennt als Rechtsobjekt im Urheberrecht „das urheberrechtlich geschützte Werk als ‚Schnittpunkt der Willenslinien‘“.

gleich sämtlicher Interessen zu finden, die einen Bezug zum urheberrechtlich geschützten Werk als Schutzobjekt des Urheberrechts haben<sup>152</sup>.

### 1.5.2. Schrankenbestimmungen

Um den Interessenausgleich zu gewährleisten, sieht das Urheberrecht bestimmte Schrankenbestimmungen vor, die das Recht des Urhebers auf Verwendung des Werks bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen beschränken<sup>153</sup>. Schrankenbestimmungen spielen dabei sowohl in juristischer als auch in ökonomischer Hinsicht eine wichtige Rolle: Sie dienen einerseits der Ausübung von Grundrechten wie Informations-, Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit, aber auch dem Datenschutz, der Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs und der Kulturförderung; andererseits sollen sie Marktversagen beseitigen, die Möglichkeit dynamischer Innovationsprozesse gewährleisten sowie soziale Wohlfahrtsverluste begrenzen, die dadurch entstehen, dass geschützte Inhalte nicht genutzt werden<sup>154</sup>.

Das schweizerische URG enthält eine abschliessende Aufzählung der existierenden Schranken<sup>155</sup>. Die Problematik eines solchen abschliessenden Schrankenkatalogs ohne Berücksichtigung des dynamischen technischen Fortschritts sowie der Entwicklung des Informationsmarktes liegt in der Behinderung der Einführung neuer, durch technische Errungenschaften nötig gewordener Schrankenbestimmungen<sup>156</sup>. So verunmöglicht auch auf EU-Ebene die Erwägung 32 der Info-RL aufgrund des abschliessenden Charakters des Katalogs an zulässigen Schranken die Lösung von neu auftauchenden Problemen im Zusammenhang mit neuen Technologien und der Werknutzung im Internet<sup>157, 158</sup>.

---

<sup>152</sup> MACCIACCHINI, Meinungsfreiheit, 40; M. BERGER, Irrtümer, 13 f.

<sup>153</sup> GASSER/OERTLI, in: Müller/Oertli, N 4 zu Vorbem. zum 5. Kapitel.

<sup>154</sup> BECHTOLD, Informationsgesellschaft, 71.

<sup>155</sup> Es sind dies die zwingende kollektive Verwertung, die das Recht auf individuelle Verwertung beschränkt (Art. 22 Abs. 1, Art. 22a Abs. 1 unter Vorbehalt von Abs. 3, Art. 22b, Art. 22c, Art. 24b URG), die Zwangslizenz, die einen Vertragszwang für den Rechteinhaber vorsieht (Art. 23 URG), die gesetzliche Lizenz, die Nutzungen gegen eine Vergütung erlaubt (Art. 13 Abs. 1 und 3, Art. 19 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2, lit. b und c und Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 und 3, Art. 24c unter Vorbehalt von Abs. 3 letzter Satzteil, Art. 35 URG) sowie die umfassenden Schranken, die bestimmte Nutzungen ohne Gegenleistung erlauben (Art. 11 Abs. 3, Art. 13 Abs. 3, Art. 19 Abs. 1 lit. a unter Vorbehalt von Abs. 2 und Art. 20 Abs. 2 und 3, Art. 21, Art. 22 Abs. 2, Art. 24, Art. 24a, Art. 24c Abs. 3 letzter Satzteil, Art. 25 bis 28 URG), GASSER/OERTLI, in: Müller/Oertli, N 2 zu Vorbem. zum 5. Kapitel.

<sup>156</sup> KUHLEN, 140 und 146; vgl. auch GEIGER, Grundrechte, 152.

<sup>157</sup> HILTY, Sündenbock, 120.

<sup>158</sup> Neben der Notwendigkeit neuer Schrankenbestimmungen kann die technische Entwicklung aber auch dazu führen, dass gewisse Regelungen in der bisher vorliegenden Form nicht mehr nötig sind. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob die zwingende kollektive Verwertung durch neue technische Möglichkeiten abgelöst werden könnte.

Im Gegensatz dazu existiert im *Common Law* durch das sog. Fair-Use-Prinzip anstelle eines abschliessenden Schrankenkatalogs ein allgemeiner Vorbehalt zugunsten des redlichen Gebrauchs<sup>159</sup>. Durch die Beurteilung eines urheberrechtlich relevanten Handelns nach dem Fair-Use-Prinzip ist das angloamerikanische Copyright in Bezug auf die Rechte der Nutzer wesentlich flexibler ausgestaltet als das kontinentaleuropäische Urheberrecht. Um zu bestimmen, ob ein Verhalten Fair Use darstellt und somit vom Rechteinhaber nicht verboten werden kann, werden folgende Beurteilungskriterien angewendet: (i) Zweck und Art der Verwendung des Werks, (ii) Art des Werks selbst, (iii) Umfang und die Bedeutung des übernommenen Werkteils sowie (iv) Auswirkung der betreffenden Nutzung auf den aktuellen und potenziellen Verkaufsmarkt und auf den Wert des Werks<sup>160</sup>.

Über die Frage, in welchem Umfang Schrankenbestimmungen auszulegen sind, besteht in der Schweiz wie auch in anderen *Droit d'auteur*-Ländern keine Einigkeit. Ein Teil der Lehre geht aufgrund der Konzeption der Schrankenregelungen als Ausnahmebestimmungen von einer restriktiven Auslegung aus<sup>161</sup>. Die neuere Lehre stellt allerdings vermehrt die grundrechtskonforme Auslegung in den Mittelpunkt, womit diejenige Auslegung zu wählen ist, welche die verfassungsmässigen Rechte sämtlicher Beteiligten am besten berücksichtigt<sup>162</sup>.

Auf internationaler Ebene wurde mit dem Dreistufentest eine „Schranken-Schranke“ eingeführt, die einer allzu weiten Auslegung von Schrankenbestimmungen eine Grenze setzt<sup>163</sup>. Der Dreistufentest sieht vor, dass (i) Beschränkungen von ausschliesslichen Rechten auf Sonderfälle limitiert bleiben müssen, (ii) die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt werden darf und (iii) die berechtigten Interessen der Urheber bzw. Rechteinhaber nicht unangemessen eingeschränkt werden dürfen. Die Gefahr dieser „Schranken-Schranke“ wird darin gesehen, dass bei einer einseitigen Auslegung der genannten Prüfungskriterien zugunsten der Urheber bzw. Rechteinhaber eine zu starke Einschränkung der Freiheiten der durch die Schrankenbestimmungen Begünstigten resultiert<sup>164</sup>, deren Interessen im Dreistufentest im Übrigen gänzlich unberücksichtigt gelassen werden<sup>165</sup>. Zudem wird auf die zunächst unbedeu-

---

<sup>159</sup> Zur Fair-Use-Doktrin in den USA siehe eingehend MERGES/MENELL/LEMLEY, 592 ff.

<sup>160</sup> GASSER/OERTLI, in: Müller/Oertli, N 20 zu Vorbem. zum 5. Kapitel.

<sup>161</sup> Siehe etwa für die Schweiz CHERPILLOD, Schranken, SIWR II/1, 265.; differenzierend PAHUD, 109 ff.; für Deutschland vgl. statt vieler SCHACK, Urheberrecht, N 95; für weitere kontinentaleuropäische Länder vgl. GEIGER, Grundrechte, 152 m.w.N.

<sup>162</sup> GASSER/OERTLI, in: Müller/Oertli, N 14 zu Vorbem. zum 5. Kapitel; GEIGER, Grundrechte, 152; siehe auch BGE 131 III 480, E. 3.1.

<sup>163</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 RBÜ; Art. 13 TRIPs; Art. 10 WTC; Art. 16 Abs. 2 WPPT.

<sup>164</sup> SENFTLEBEN, Schranken, 172.

<sup>165</sup> HILTY, Sündenbock, 121.

tend erscheinenden Unterschiede in der Terminologie der einzelnen Abkommen hingewiesen: Wird in Art. 9 Abs. 2 RBÜ sowie in Art. 10 WTC noch ausdrücklich der Urheber genannt, dessen Interessen durch die Werknutzung nicht unangemessen beeinträchtigt werden dürfen, sprechen Art. 13 TRIPS und Art. 16 Abs. 2 WPPT nur noch undefiniert vom Rechteinhaber als schützenswerte Person, was dazu führt, dass sich insbesondere die vermittelnden Marktteilnehmer im Zusammenhang mit der Schrankenauslegung auf den Dreistufentest berufen<sup>166</sup>.

Im Hinblick auf den Zweck des Urheberrechts, einen Ausgleich zwischen den verschiedenen, im Zusammenhang mit der Erbringung und Verbreitung geistiger Leistungen stehenden Interessen zu finden, wird die Systematik des Urheberrechts vermehrt kritisiert. Die Problematik besteht darin, dass durch den Ausnahmecharakter, der den Schrankenbestimmungen im Gegensatz zum Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers eingeräumt wird, die Interessen der Allgemeinheit als zweitrangig im Vergleich zu den Interessen der Urheber erscheinen<sup>167</sup>. Hinzu kommt, dass sich der Ausnahmecharakter der Schranken durch den fortlaufenden Ausbau der Verwertungsrechte und die Einschränkung der Schrankenbestimmungen immer stärker akzentuiert, obwohl die Schranken das öffentliche Interesse am freien Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken sicherstellen sollen und somit im Rahmen des Interessenausgleichs als Ziel des Urheberrechts ebenso wichtig sind wie die Verwertungsrechte<sup>168</sup>.

## **2. Urheberrecht in der Informationsgesellschaft**

### **2.1. Veränderung der Marktstrukturen durch technische Entwicklung**

#### **2.1.1. Situation vor Verbreitung des Internets**

Vor den technischen Entwicklungen der letzten Jahre und der Einführung des Internets war die Verbreitung eines Werks immer mit hohem finanziellen Aufwand für die Produktion und hohen Transaktionskosten verbunden. Als Transaktionskosten werden Kosten bezeichnet, die im Zusammenhang mit dem Austausch wirtschaftlicher Leistungen entstehen<sup>169</sup>. Dazu gehören insbesondere die Kosten für die Suche nach Vertragspartnern, Anbahnung von vertraglichen Beziehungen, Informationsbeschaffung, Vertragsverhandlungen, Entscheidungsfindung oder für die Durchsetzung oder Beendigung von Verträgen<sup>170</sup>. Einem Urheber war es deshalb oft nicht möglich, sein Werk selbst an ein breites Publikum zu verbreiten. Vielmehr sah er sich in

---

<sup>166</sup> HILTY, Sündenbock, 120 f.; GEIGER, Three-Step Test, 8.

<sup>167</sup> Vgl. GEIGER, Grundrechte, 152; GEIGER, GRUR Int. 2004, 818.

<sup>168</sup> Siehe KUHLEN, 165; vgl. vorne 12 ff.

<sup>169</sup> COASE, 386 ff.; vgl. auch PEUKERT, Schutzbereich, 18 f. m.w.N.

<sup>170</sup> Vgl. TAPSCOTT/WILLIAMS, 56 f.

jedem Fall gezwungen, sein Urheberrecht ganz oder teilweise auf einen vermittelnden Marktteilnehmer mit entsprechenden finanziellen Ressourcen zu übertragen bzw. es zu lizenzieren, damit dieser die Produktion und Verbreitung übernahm<sup>171</sup>.

Aufgrund der überlegenen wirtschaftlichen Stellung der vermittelnden Marktteilnehmer konnten und können diese auch heute noch von den Urhebern oftmals eine umfangreiche Einräumung sämtlicher übertragbarer Rechte sowie den weitestmöglichen Verzicht auf die Urheberpersönlichkeitsrechte verlangen; so lassen sich vermittelnde Marktteilnehmer i.d.R. ein ausschliessliches Nutzungsrecht für sämtliche Verwertungen, inklusive derjenigen durch den Urheber selbst, einräumen<sup>172</sup>. Durch die Konzentration der Rechte bei den vermittelnden Marktteilnehmern konnten diese zudem alleine bestimmen, welche immateriellen Güter an die Allgemeinheit gelangen sollten, indem sie die Werke veröffentlichten, von deren Verbreitung sie sich den grössten Profit erhofften. Den Konsumenten blieb keine andere Wahl, als zu konsumieren, was ihnen angeboten wurde. Dadurch konnten vermittelnde Marktteilnehmer die kulturelle Entwicklung einerseits fördern, andererseits aber auch hemmen.

Eine weitere Folge dieser Monopolstellung der vermittelnden Marktteilnehmer mit Bezug auf die Verwertungsrechte war die Möglichkeit, unverhältnismässig hohe Preise für den Vertrieb von Trägermedien und der Weiterlizenzierung der betreffenden Rechte zu verlangen; somit wandelte sich das Urheberrecht vermehrt zu einem Schutz des Rechts der vermittelnden Marktteilnehmer, möglichst hohe Preise für den Vertrieb urheberrechtlich geschützter Werke anzusetzen<sup>173</sup>. Dieses System stärkte die Marktmacht der Verwerter enorm, was vor allem im Bereich der Musik auch heute noch offensichtlich ist. So wird der Markt der Tonträgerhersteller weltweit von vier grossen internationalen Medienkonzernen<sup>174</sup> beherrscht<sup>175</sup>, deren Marktanteil auf knapp 80% geschätzt wird<sup>176</sup>. Die Kontrolle durch diese marktbeherrschenden Unternehmen wirkt sich durch deren Integration in Konzernverlage vertikal auch auf die grossen Musikverlage aus<sup>177</sup>.

---

<sup>171</sup> Siehe BARLOW, 242, der die vermittelnden Marktteilnehmer mit Mäzenen vergleicht.

<sup>172</sup> Sog. Buy-out-Verträge, vgl. HOEREN, EuZ 2012, 5.

<sup>173</sup> WILLINSKY, 47.

<sup>174</sup> Zu diesen sog. Majors zählen die Universal Music Group, Sony Music Entertainment, die Warner Music Group und die EMI Group.

<sup>175</sup> HEINE, 39.

<sup>176</sup> Vgl. MAHLMANN, 194; Emes, 50.

<sup>177</sup> HEINE, 39.

### 2.1.2. Vereinfachung der Produktion und Verbreitung von Werken

Die Kulturindustrie erlebte im letzten Jahrhundert durch technische Errungenschaften wie Tonaufnahmegeräte, Film, Radio, Fernsehen, Fotokopierer, Laserdrucker, Digitalisierung und schliesslich das Internet eine enorme Entwicklung<sup>178</sup>. Durch die steigende Qualität der Technik zu immer niedrigeren Kosten wird es aber auch für nicht-professionelle Produzenten und Anbieter möglich, ehemals kostenintensive kreative Inhalte zu Hause zu produzieren<sup>179</sup>. Neben der Produktion hat sich durch die Einführung des Internets auch die Verbreitung von Werken erheblich vereinfacht<sup>180</sup>. Rechteinhabern, die vor Bestehen des Internets ohne die Zusammenarbeit mit vermittelnden Marktteilnehmern keine Möglichkeit hatten, ihre Werke zu verbreiten, bietet das Internet heute immense Chancen<sup>181</sup>. Um diese nutzen zu können, entwickeln sich vermehrt neue Geschäftsmodelle für eine direkte Online-Publikation von Werken. So wird den Autoren z.B. im E-Book-Bereich gegen eine geringe Gebühr die Infrastruktur zur Verfügung gestellt, um ihre Werke selbst zu publizieren<sup>182</sup>. Überdies erlauben Internetdienste wie Amazon oder eBay, Inhalte mit wenig Aufwand weltweit zu verbreiten. Schliesslich erfolgt auch die Veröffentlichung von Musik- und Videoproduktionen vermehrt direkt im Internet, ohne dass ein vermittelnder Marktteilnehmer mit der Publikation und der Verbreitung der Werke beauftragt wird<sup>183</sup>. Das Internet dient somit nicht nur der Beschaffung von Werken anderer, sondern in zunehmendem Masse auch der möglichst weiten Verbreitung eigener Inhalte<sup>184</sup>.

Die Entwicklungen rund um diese neuen technischen Möglichkeiten in Bezug auf die Produktion und die Konsumation von Inhalten im Allgemeinen und Werken im Besonderen haben das wirtschaftliche, soziale und politische Leben grundlegend verändert<sup>185</sup>. Gleichzeitig üben diese Veränderungen einen grossen Einfluss auf das kreative Schaffen aus. So wurde die Kreativität zu Zeiten hoher Produktions- und Verbreitungskosten stark von ökonomischen Überlegungen beeinflusst, während in der heutigen Zeit bei der Schaffung kreativer Inhalte

---

<sup>178</sup> TOWSE, Creativity, 25.

<sup>179</sup> LESSIG, Ideas, 124 zur Filmproduktion.

<sup>180</sup> Vgl. STALDER, 303.

<sup>181</sup> Die Entwicklung, bei der die vermittelnden Marktteilnehmer an Bedeutung verlieren, wird auch mit dem englischen Begriff „disintermediation“ bezeichnet, BECHTOLD, DRM, 12 f.; BECHTOLD, Informationsgesellschaft, 76.

<sup>182</sup> KUHLEN, 128.

<sup>183</sup> KUHLEN, 128.

<sup>184</sup> DREIER, Paradigmenwechsel, 284.

<sup>185</sup> TOWSE, Creativity, 25. Diese Entwicklung im Zusammenhang mit dem Internet allgemein und dem World Wide Web (WWW) als dessen Bestandteil im Besonderen wird als revolutioneller Grundstein für die Entwicklung der Informationsgesellschaft betrachtet, vgl. GIRSBERGER, FN 15 und 16 m.w.N.



durch das vielfach kleinere Kostenrisiko viel eher experimentiert werden kann; dies führt dazu, dass nicht mehr länger nur überwiegend das produziert wird, was sich in der Vergangenheit gut verkaufen liess<sup>186</sup>.

Eine weitere wichtige Entwicklung betreffend die Schaffung kreativer und wissenschaftlicher Inhalte ist die Möglichkeit der Zusammenarbeit, die durch den technischen Fortschritt und die steigende Vernetzung potentieller Urheber geschaffen wird<sup>187</sup>. Kulturgüter werden dadurch nicht mehr nur individuell, sondern vermehrt auch durch das Zusammenwirken einer Vielzahl von Menschen produziert und verarbeitet<sup>188</sup>. Der Gebrauch geistigen Eigentums wird somit von der passiven Konsumation zunehmend zu einer partizipativen Nutzung<sup>189</sup>. Die heutige Wissensgesellschaft wandelt sich damit von der durch das ökonomische Prinzip der Verknappung beherrschten passiven Verwertungsgesellschaft immer mehr zu einer Austauschgesellschaft, die auf den freien Zugriff auf Wissen und Information angewiesen ist<sup>190</sup>. Das wohl prominenteste Beispiel kollaborativer Projekte ist die Online-Enzyklopädie Wikipedia<sup>191</sup>. Durch die zunehmend verbreitete gemeinschaftliche Werkschöpfung entsteht vermehrt ein Bedürfnis nach Instrumenten, die potentiellen Nutzern die Möglichkeit der Nutzung gewähren, ohne zugleich eine unkontrollierte Verwertung zuzulassen<sup>192</sup>.

Eine Veränderung des Nutzungsverhaltens aufgrund der neuen technischen Möglichkeiten ist auch in Bezug auf öffentliche Vermittler wie z.B. Bibliotheken erkennbar. Um die Bereitstellung ihrer Bestände an ihre Nutzer zu optimieren, sind Bibliotheken darauf angewiesen, Werke in elektronischer Form anzubieten und die nur in analoger Form verfügbaren Werke zu diesem Zweck zu digitalisieren<sup>193</sup>.

### **2.1.3. Verlagerung der Nachfrage auf Nischenmärkte**

Durch die Steigerung des Angebots sieht sich einerseits der Konsument im Internet einer Fülle von Informationen gegenüber, zu denen er vor dem Internetzeitalter keinen Zugang gehabt

---

<sup>186</sup> HIETANEN, 12.

<sup>187</sup> HIETANEN, 12.

<sup>188</sup> Vgl. EBERLE, 279 f. Das Zusammenfügen vorbestehender Werke zu einem neuen Werk hat in der heutigen Kultur einen zentralen Stellenwert eingenommen und es entstanden daraus neue Genres wie z.B. das Sampling und Remixing in der Musik, STALDER, 303; zum Sampling und Remixing vgl. eingehend WEGENER, 329 ff.

<sup>189</sup> Vgl. BRUNS, 15 ff.

<sup>190</sup> Vgl. UNESCO, 170 ff.; vgl. auch KUHLEN, 500; siehe zudem STALDER, 302 ff.

<sup>191</sup> Vgl. hinten 275 f.

<sup>192</sup> JAEGER/METZGER, MMR 2003, 432.

<sup>193</sup> Vgl. C. BERGER, Leseplätze, 35.

hätte<sup>194</sup>. Andererseits hat der Rechteinhaber die Möglichkeit, sein Werk ohne grossen finanziellen Aufwand einem breiten Publikum zugänglich zu machen und so Personen zu finden, die an seinem Werk und schliesslich auch an ihm als Werkschaffenden interessiert sind. Die sich damit eröffnenden Möglichkeiten der Schaffung von Nischenmärkten und des Zugangs zu einer enormen Fülle von Werken ist aus wirtschaftlicher Sicht und für die Förderung kultureller Vielfalt von unschätzbarem Wert. Gleichzeitig macht die Summe der Werke, für die sich nur eine geringe Anzahl von Menschen interessieren, zusammengefasst einen grösseren Markt aus als die viel verkauften Massenwerke, womit sich in diesem, von ANDERSON als *long tail* bezeichneten Bereich, durch entsprechende Modelle auch ökonomische Interessen fruchtbar machen lassen<sup>195</sup>. Dies ist insbesondere dann interessant, wenn Werke in elektronischer Form vorliegen und somit nur geringe bis gar keine Kosten für Herstellung und Lagerung von Werkexemplaren anfallen<sup>196</sup>.

#### **2.1.4. Vom Zugangsanbieter zum Zugangsverhinderer**

Die Möglichkeit der einfachen Herstellung identischer Kopien immaterieller Güter führt beispielsweise in der Musikindustrie zu einer Bedrohung der faktischen Monopolstellung im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Musik in digitaler Form<sup>197</sup>. Diese Entwicklung wird durch die ständig sinkenden Transaktionskosten noch verstärkt<sup>198</sup>. Die Recording Industry Association of America (RIAA) verweist<sup>199</sup> auf eine Studie des Institute of Policy Innovation, die in den USA von einem jährlichen wirtschaftlichen Schaden von 12,5 Milliarden Dollar ausgeht<sup>200</sup>. Auch in der Schweiz sinkt der Umsatz beim Geschäft mit Tonträgern seit den letzten zehn Jahren kontinuierlich<sup>201</sup>. Begründet wird dieser Umsatzeinbruch mit der steigenden Internetpiraterie, die es demzufolge zu bekämpfen gelte<sup>202</sup>. Es werden aber auch zunehmend

---

<sup>194</sup> Die Schwierigkeit besteht nicht mehr darin, wie man sich Informationen beschafft, sondern vielmehr darin, wie man die Fülle der vorhandenen Informationen kanalisieren und nutzbar machen kann. Hier leisten Suchmaschinen durch die Einordnung von Informationen in Kontexte und deren Verknüpfung mit anderen Informationen eine wertvolle Arbeit, siehe BECKEDAHN/LÜKE, 85 ff.

<sup>195</sup> ANDERSON, 19 ff.

<sup>196</sup> BECKEDAHN/LÜKE, 151.

<sup>197</sup> MAHLMANN, 204.

<sup>198</sup> Vgl. TAPSCOTT/WILLIAMS, 57 f.

<sup>199</sup> <http://www.riaa.com/faq.php>.

<sup>200</sup> [http://www.ipi.org/ipi\\_issues/detail/the-true-cost-of-sound-recording-piracy-to-the-us-economy](http://www.ipi.org/ipi_issues/detail/the-true-cost-of-sound-recording-piracy-to-the-us-economy).

<sup>201</sup> Siehe die Statistik der Schweizer Landesgruppe der IFPI, abrufbar unter <http://ifpi.ch/index.php/news.html>.

<sup>202</sup> <http://ifpi.ch/index.php/nachrichten/items/digital-music-report-2011.html>.

Stimmen laut, die diesen Begründungsansatz für unbewiesen halten<sup>203</sup>. Neue, internetbasierte Marktteilnehmer wie Yahoo, Google, Facebook, AOL oder Mozilla bauen ihre Geschäftsmodelle zudem auf der (noch) urheberrechtlich zulässigen Nutzung im Internet auf. Zwar unterstützen auch diese Unternehmen den Kampf gegen Internetpiraterie, sehen in den rigorosen Massnahmen der Urheberrechtsindustrie jedoch einen Angriff auf ihre Geschäftsmodelle sowie eine Zensur des Internets<sup>204</sup>.

Ähnliche Entwicklungen wie in der Musikindustrie lassen sich auch im Bereich der Printmedien beobachten. So verlieren z.B. die einst sehr wichtigen wissenschaftlichen Buch- und Zeitschriftenverlage durch Digitalisierung und Vernetzung ihre unabdingbare Rolle bei der Verbreitung wissenschaftlicher Publikationen<sup>205</sup>.

Die Rolle der vermittelnden Marktteilnehmer besteht darin, der Allgemeinheit den Zugang zu Information zu gewährleisten. In dieser Rolle erfüllen sie eine wichtige Funktion, indem sie die Ausübung von verfassungsmässigen Rechten wie die Meinungs- und Informationsfreiheit, die Medienfreiheit, die Kunstfreiheit und die Wissenschaftsfreiheit ermöglichen. Die Distributionsmodelle für die Verbreitung von Informationen, die vor der Einführung des Internets entwickelt wurden, basierten auf einem Mangel an finanziellen Ressourcen und fehlendem Know-how der Nutzer, Inhalte weltweit bekannt zu machen. Durch die Entwicklung des Internets und der damit einhergehenden Möglichkeit der einfachen Herstellung identischer Kopien sowie einer weltweiten Verbreitung, sind diese Hürden nicht mehr vorhanden; als Folge des Wegfalls dieses Mangels sind die darauf beruhenden Geschäftsmodelle unwirksam geworden<sup>206</sup>. Aus diesem Grund versuchen die Anwender herkömmlicher Geschäftsmodelle, die Mangelsituation durch die Verschärfung der urheberrechtlichen Regelungen und die Einschränkung der Schrankenbestimmungen weiterhin aufrechtzuerhalten<sup>207</sup>. Dies führt heute zu der paradoxen Situation, dass die vermittelnden Marktteilnehmer, die bis anhin die Funktion hatten, den Zugang zu Informationen zu ermöglichen, diesen nun behindern<sup>208</sup>, um ihn besser vermarkten zu können. Förderte die Tätigkeit der vermittelnden Marktteilnehmer in Zeiten

---

<sup>203</sup> Vgl. z.B. den Blogeintrag des IT-Verlegers Tim O'Reilly, abrufbar unter <https://plus.google.com/u/0/107033731246200681024/posts/BEDukdz2B1r>; siehe auch NEESER, 95 f. sowie HAMMOND, 14 ff.

<sup>204</sup> Vgl. etwa „Nichts tun kann nicht die Antwort sein“, in NZZ vom 18.11.2011, abrufbar unter [http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/stop\\_online\\_piracy\\_act\\_sopa\\_google\\_facebook\\_mozilla\\_1.13349178.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/stop_online_piracy_act_sopa_google_facebook_mozilla_1.13349178.html) sowie STEIER, „Jetzt ist die Politik gefordert“.

<sup>205</sup> Vgl. STROBEL, 781.

<sup>206</sup> KUHLEN, 148.

<sup>207</sup> Vgl. vorne 22 ff.

<sup>208</sup> WIPO 2003, 12; GRASSMUCK, DRM, 165.

des mangelnden Zugangs zu immateriellen Werten die Ausübung bestimmter Grundrechte, werden die Nutzer in der heutigen Zeit der künstlichen Zugangsverknappung in der Ausübung ihrer verfassungsmässigen Rechte gehindert. Zudem führt eine Zensur des Internets zur Gefährdung der Privatsphäre und des Datenschutzes jedes Einzelnen<sup>209</sup>. Schliesslich besteht auch die Gefahr einer Aufspaltung der Gesellschaft in die Gruppe, die sich den Zugang zu Informationen leisten kann, sowie in jene, der die finanziellen Mittel für den Erwerb von Informationsprodukten fehlen<sup>210</sup>.

## **2.2. Spannungsverhältnis zwischen Recht und Realität**

Aufgrund ihrer starken wirtschaftlichen Stellung verfügen die vermittelnden Marktteilnehmer über grossen politischen Einfluss. Weil das herkömmliche Urheberrecht das Ausschliesslichkeitsrecht der Rechteinhaber aufgrund der neuen Verbreitungsmöglichkeiten und der Möglichkeit der perfekten und quantitativ unbeschränkten Kopie digitaler Werke nicht mehr auf gleiche Weise zu schützen vermag wie bei der Einführung des Urheberrechts<sup>211</sup>, setzen sich die vermittelnden Marktteilnehmer auf politischer Ebene für die Stärkung der urheberrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechte ein<sup>212</sup>. Dies führt dazu, dass auf europäischer Ebene durch einen „rigorosen“ Schutz bzw. eine „uneingeschränkte Achtung“ geistigen Eigentums auf „hohem Niveau“ eine kompetitive europäische Wissensgesellschaft gefordert wird<sup>213</sup>. Begründet wird dieses Ziel damit, dass Kreativität und Innovation sowie die begleitenden Investitionen aufgrund der technischen Entwicklung nur durch ein hohes Schutzniveau im Interesse der Urheber, ausübenden Künstler, Hersteller, Verbraucher, von Kultur und Wirtschaft und der breiten Öffentlichkeit gefördert werden könne<sup>214</sup>. Entsprechend dieser politischen Zielsetzung werden die urheberrechtlichen Regelungen zugunsten eines stärkeren Schutzes der Urheberrechte verschärft. So setzte sich die Urheberrechtsindustrie in den USA für neue Gesetzesentwürfe ein, die der angeschlagenen Branche wirksame rechtliche Massnahmen gegen Urheberrechtsverletzungen liefern sollten<sup>215</sup>. Die für diesen Zweck ausgearbeiteten Gesetzesvorhaben SOPA<sup>216</sup> und PIPA<sup>217</sup> sahen starke Eingriffe in die Freiheit des Internets vor<sup>218</sup>. So

---

<sup>209</sup> Vgl. „Warum der Kampf um die Internetfreiheit weitergeht“, in NZZ vom 16.01.2012, abrufbar unter [http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/sopa\\_weisses\\_haus\\_dns\\_sperren\\_google\\_1.14360763.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/sopa_weisses_haus_dns_sperren_google_1.14360763.html).

<sup>210</sup> SENFTLEBEN, Schranken, 165 m.w.N.

<sup>211</sup> Vgl. GOTTSCHALK, 148 f.

<sup>212</sup> Vgl. HILTY, Sündenbock, 134 ff. sowie vorne 11.

<sup>213</sup> PEUKERT, Schutzniveau, 42; vgl. auch PFEIFER, 673.

<sup>214</sup> KOM (90) 584 endg. Ziff. 1.5; vgl. Art. 9 Info-RL.

<sup>215</sup> „Warum der Kampf um die Internetfreiheit weitergeht“, in NZZ vom 16.01.2012, abrufbar unter [http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/sopa\\_weisses\\_haus\\_dns\\_sperren\\_google\\_1.14360763.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/sopa_weisses_haus_dns_sperren_google_1.14360763.html).

<sup>216</sup> Stop Online Piracy Act (H.R.3261).

sollten Provider u.a. die Möglichkeit erhalten, Websites mit urheberrechtlich geschützten Inhalten zu blockieren, mit der Folge, dass auch Suchmaschinen die entsprechenden Treffer nicht liefern dürften und Web-Werbenetzwerke sowie -Zahlungsdienstleister die Konten der Betreiber hätten schliessen müssen<sup>219</sup>. Durch das umstrittene multilaterale Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) sollte schliesslich weltweit die Durchsetzbarkeit von Schutzrechten für geistiges Eigentum verstärkt werden, wobei damit, so die internationale Kritik, u.a. negative Auswirkungen auf Menschenrechte und Rechtsstaatsprinzipien in Kauf genommen würden<sup>220</sup>. Aufgrund heftiger Proteste von Seiten der Nutzer sowie verschiedener IT-Unternehmen wie Zynga, Yahoo, Google, Facebook und AOL werden SOPA und PIPA allerdings vorerst nicht weiterverfolgt<sup>221</sup>. Viele Staaten haben sich zudem aufgrund der Ablehnung seitens der Bevölkerung vorläufig gegen die Unterzeichnung des Handelsabkommens ACTA entschieden<sup>222</sup>. Dieser Widerstand der Bevölkerung zeigt, dass sich die Nutzer gegen eine weitere Beschneidung ihrer Rechte zu wehren beginnen. Allerdings fehlen der Nutzerseite die für ein wirksames Lobbying nötige Organisation und professionelle Interessenvertreter, die sich für die Stärkung ihrer Rechte auf politischer Ebene einsetzen<sup>223</sup>. Dieser Umstand wird denn auch dafür verantwortlich gemacht, dass die Rechte der Werknutzer nicht im gleichen Masse wie jene der Urheber – bzw. eben der vermittelnden Marktteilnehmer – ausgebaut wurden<sup>224</sup>, obwohl, wie bereits beschrieben, ein starker Urheberrechtsschutz für die Entwicklung der Gesellschaft auch nachteilig sein kann<sup>225</sup>.

Der einfache Zugriff auf Werke im Internet<sup>226</sup> und die starke Schutzexpansion unter Vernachlässigung der Interessen der Werknutzer führten schliesslich auch zu einem Verlust der Akzeptanz urheberrechtlicher Regelungen in der Bevölkerung<sup>227</sup>. Vermehrt wird zudem in Frage gestellt, ob ein Urheber einer geistigen Leistung tatsächlich sein Leben lang von jeder rele-

---

<sup>217</sup> Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act (Protect IP Act; S.968).

<sup>218</sup> Vgl. STEIER, „Jetzt ist die Politik gefordert“.

<sup>219</sup> „Warum der Kampf um die Internetfreiheit weitergeht“, in NZZ vom 16.01.2012, abrufbar unter [http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/sopa\\_weisses\\_haus\\_dns\\_sperren\\_google\\_1.14360763.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/sopa_weisses_haus_dns_sperren_google_1.14360763.html).

<sup>220</sup> Vgl. etwa die „Opinion of European Academics on ACTA“, <http://www.iri.uni-hannover.de/acta-1668.html>.

<sup>221</sup> STEIER, „Rettet das Internet vor den USA“.

<sup>222</sup> So hat auch der Schweizer Bundesrat entschieden, mit der Unterzeichnung von ACTA vorerst zuzuwarten, vgl. die Mitteilung des Bundesrates vom 09.05.2012, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-05-09/schreiben-apk-d.pdf>.

<sup>223</sup> KREUTZER, 112.

<sup>224</sup> Siehe HANSEN, 71 f.

<sup>225</sup> Vgl. vorne 29.

<sup>226</sup> Vgl. HOEREN, MMR 2003, 299.

<sup>227</sup> HANSEN, 71.

vanten Nutzung seines Werks durch andere profitieren können soll und ob dieses Partizipationsrecht nach dem Tod des Urhebers sogar noch auf seine Erben übergehen soll, die an der Schaffung des Werkes überhaupt nicht beteiligt waren<sup>228</sup>. Da der Rückhalt in der Bevölkerung für die Wirksamkeit des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft eine noch stärkere Rolle spielt als in anderen Rechtsgebieten<sup>229</sup>, wird als ein nötiges Ziel der urheberrechtlichen Gesetzgebung die Erhöhung der sozialen Akzeptanz des Urheberrechts genannt<sup>230</sup>.

Der Akzeptanzverlust des Urheberrechts zeigt sich insbesondere in der Problematik der illegalen Verbreitung digitalisierter Werkkopien mittels Filesharing-Software über Tauschbörsen im Internet<sup>231</sup>. Seitdem ein Grossteil der Bevölkerung das Internet regelmässig nutzt und die Kapazität der Internetverbindungen gross genug ist, um grosse Dateien wie Fotos oder Videos hochzuladen und zu versenden, werden immer mehr Plattformen entwickelt, die es jedem erlauben, Inhalte durch das Hochladen ins Internet mit anderen Nutzern zu teilen<sup>232</sup>. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, wird in letzter Zeit ein immer härteres Vorgehen gegen Nutzer gefordert, die im Internet gegen das Urheberrecht verstossen<sup>233</sup>. Da aber selbst dieses harte Durchgreifen auch bei Bagatelverstössen nicht zum gewünschten Ziel, nämlich der höheren Akzeptanz des Urheberrechts in der Bevölkerung, führt, stellt man sich vermehrt die Frage, ob ein weiterer Ausbau der Sanktionsmechanismen rechtspolitisch überhaupt sinnvoll ist<sup>234</sup>.

---

<sup>228</sup> Vgl. dazu die Ausführungen bei HANSEN, 369 ff.

<sup>229</sup> BECHTOLD, Informationsgesellschaft, 83.

<sup>230</sup> GEIGER, Grundrechte, 156 f.; vgl. eingehend zum Akzeptanzverlust des Urheberrechts HANSEN, 74 ff.

<sup>231</sup> Unter Filesharing-Software versteht man Programme, die es den Nutzern erlauben, ohne Umweg über einen Server direkt auf die Festplatte anderer Filesharing-Software-Nutzer zuzugreifen und freigegebene Dateien herunterzuladen sowie eigene Dateien zum Download anzubieten, SCHIMANA, 66.

<sup>232</sup> Vgl. MOODY, 305.

<sup>233</sup> So forderte beispielsweise der Vorsitzende des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, Siegfried Kauder, dass jeder, der im Internet gegen das Urheberrecht verstosse, verwarnet und bestraft werden solle, wobei eine solche Bestrafung seiner Meinung nach durchaus auch in einer Internetzugangssperre für fehlbare Nutzer bestehen könne, zitiert nach BECKENDAHL/FALKE, 64 f. Vgl. auch das französische Hadopi-Gesetz (Haute Autorité pour la diffusion des Œuvres et la protection des droits sur Internet), das nach zwei Verwarnungen eine Internetzugangssperre vorsieht. Nach Aussage von Hadopi-Chefin Marie-Françoise Marais sind bereits ein Jahr nach der Einführung dieses Gesetzes 22 Millionen Meldungen über Verstösse gegen das Urheberrecht bei der zuständigen Behörde eingegangen, worauf 580'000 erste Warnungen und 35'000 Zweitwarnungen versandt wurden. Zudem droht 60 Internetnutzern eine vorübergehende Sperrung des Internetzugangs sowie eine Geldstrafe, vgl. „Ersten Piraten drohen Netzsperrungen“, in NZZ vom 07. 10. 2011, abrufbar unter [http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/frankreich\\_hadopi\\_bilanz\\_1.12873303.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/digital/frankreich_hadopi_bilanz_1.12873303.html).

<sup>234</sup> Siehe HANSEN, 77 f.; vgl. auch GRASSMUCK, ZUM 2005, 107 ff.

## **2.3. Tendenzen zur Privatisierung des Urheberrechts durch den Einsatz technischer Schutzmassnahmen**

### **2.3.1. Ausgangslage**

Vor dem Hintergrund der bisherigen und zukünftigen technischen Entwicklung und des Verlusts des Unrechtsbewusstseins bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte können die bestehenden rechtlichen Regelungen den Schutz der Rechte an immateriellen Gütern nicht mehr gewährleisten<sup>235</sup>. Aufgrund der langsamen Entwicklung des Rechts und der Unmöglichkeit eines vollständigen Schutzes angesichts der bestehenden und sich in Zukunft noch entwickelnden technischen Nutzungsmöglichkeiten, werden vermehrt technische Schutzmassnahmen eingesetzt. Durch die Kontrolle des Zugangs zu Inhalten – ob urheberrechtlich geschützt oder nicht – mittels technischer Massnahmen entsteht letztlich ein „privates“ Schutzregime<sup>236</sup>, getreu nach dem Motto des ehemaligen Präsidenten der amerikanischen Verlegerunion, Charles Clark: „The answer to the machine is in the machine“<sup>237</sup>. Der Einsatz solcher technischer Massnahmen soll zusätzlich zu den gesetzlichen Bestimmungen die grundsätzlich unbeschränkte Verfügbarkeit digitaler Inhalte künstlich verknappen<sup>238</sup> und somit die Mangelsituation aufrechterhalten, auf der die starke wirtschaftliche Stellung der vermittelnden Marktteilnehmer aufbaut. Durch den Einsatz technischer Schutzmassnahmen wird somit die Möglichkeit der umfassenden Kontrolle der Rechteinhaber über ihre Werke zulasten der Allgemeinheit angestrebt<sup>239</sup>.

### **2.3.2. Technische Entwicklungen**

Die Technik wird neben dem Recht somit als weitere (bzw. alternative) Möglichkeit zur Verhinderung der unerwünschten Folgen der Nicht-Exklusivität immaterieller Güter eingesetzt<sup>240</sup>, um die sich im analogen Zeitalter bewährten Geschäftsmodelle ins elektronische Zeitalter zu übertragen. Der Begriff *Digital Rights Management* (DRM)<sup>241</sup> umfasst dabei sämtliche nach dem aktuellen Stand der Technik möglichen Schutzmechanismen<sup>242, 243</sup>, die als elektronische

---

<sup>235</sup> Vgl. KUHLEN, 149.

<sup>236</sup> Vgl. WEBER, Informationsgesellschaft, 72 f.; HYZIK, 109; GILLIÉRON, 281; BECHTOLD, Informationsgesellschaft, 70.

<sup>237</sup> CLARK, 139.

<sup>238</sup> ULBRICHT, 132.

<sup>239</sup> Vgl. GINSBURG, Copyright and Control, 1615.

<sup>240</sup> Vgl. BECHTOLD, DRM, 2.

<sup>241</sup> Siehe zur Beschreibung von DRM BECHTOLD, DRM, 19 ff.

<sup>242</sup> Technical Protection Measures (TPM).

<sup>243</sup> Vgl. KUHLEN, 150.

Vertriebssysteme für digitale Inhalte fungieren und somit die sichere Verbreitung digitaler Inhalte über das Internet und digitaler Medien im Offlinebereich ermöglichen<sup>244</sup>.

Unter den Begriff DRM fallen verschiedene Systeme und Anwendungen mit unterschiedlichen Funktionen und Wirkungsweisen, wie etwa digitale Wasserzeichen zur Identifikation eines geschützten Inhalts oder des Inhabers von Urheber- und Leistungsschutzrechten, Kopierschutzsysteme, Zugangskontrollsysteme oder Nutzungsverwaltungssysteme<sup>245</sup>. Ein wesentliches, gemeinsames Ziel von DRM-Systemen ist denn auch die Kontrolle des Zugangs zu Informationen und/oder ihrer Nutzung zwecks Sicherstellung der Bezahlung für die Zugänglichmachung und den Gebrauch der betreffenden Inhalte<sup>246</sup>. Somit ermöglichen solche Schutzmassnahmen nicht nur eine Zugangskontrolle, sondern auch eine inhaltliche Kontrolle mit Bezug auf die übermittelten Daten<sup>247</sup>. Durch den Einsatz von DRM wird es für den Inhaltenanbieter möglich, in persönlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht zu bestimmen, welche Nutzungen des geschützten Inhalts zulässig sein sollen, wobei die betreffenden Inhalte nicht nur im digitalen Bereich geschützt werden können, sondern auch dann, wenn sie auf ein analoges Medium kopiert wurden<sup>248</sup>.

Der Einsatz technischer Schutzmassnahmen wäre für die Rechteinhaber somit ein wirksames Instrument zur Verhinderung unberechtigter Nutzungen ihrer Werke, unabhängig davon, ob dadurch auch gesetzlich zulässige Nutzungen verhindert werden. Der Versuch, Inhalte mit technischen Schutzmechanismen zu schützen, scheitert jedoch regelmässig daran, dass neu eingeführte Schutzmassnahmen innert kürzester Zeit geknackt werden<sup>249</sup>. Ist im Internet einmal eine DRM-freie Kopie eines Werks erhältlich, verbreitet sich diese zudem schnell in der ganzen Welt<sup>250</sup>. Um den Schutz mittels technischer Massnahmen dennoch aufrechtzuerhalten, setzten sich die vermittelnden Marktteilnehmer bei der UN-Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) für die Schaffung flankierender rechtlicher Regelungen ein<sup>251</sup>.

---

<sup>244</sup> PEUKERT, sic! 2004, 749 m.w.N.

<sup>245</sup> BRAUN, 53.

<sup>246</sup> BECHTOLD, DRM, 23.

<sup>247</sup> WEBER, Informationsgesellschaft, 73.

<sup>248</sup> BECHTOLD, DRM, 256.

<sup>249</sup> GRASSMUCK, DRM, 168.

<sup>250</sup> MOODY, 306.

<sup>251</sup> GRASSMUCK, DRM, 168.



### 2.3.3. Entwicklungen auf Gesetzgebungsstufe

Mit dem Ziel, das Urheberrecht besser an die Anforderungen der digitalen Medien und des Internets anzupassen, verabschiedete die WIPO im Bereich des Urheberrechts den WIPO Copyright Treaty vom 20.12.1996 (WCT)<sup>252</sup> und im Bereich des Leistungsschutzrechts den WIPO Performances and Phonograms Treaty vom 20.12.1996 (WPPT)<sup>253</sup>. Diese beiden Sonderabkommen i.S.v. Art. 20 der Berner Übereinkunft sollen die auf dem Gebiet des Urheber- und Leistungsschutzrechts bereits bestehenden internationalen Verträge<sup>254</sup> ergänzen. Die beiden Abkommen regeln verschiedene, durch die technische Entwicklung neu entstandene Nutzungsformen bestimmter Werkkategorien sowie Leistungsschutzrechte und setzen ferner die Forderung nach einem Umgehungsverbot technischer Schutzmassnahmen mittels rechtlicher Regeln zum Schutz technischer Vorkehrungen um.

Als erstes Land haben die USA die Vorgaben der WIPO-Verträge im Digital Millennium Copyright Act (DMCA) im Jahr 1998 umgesetzt<sup>255, 256</sup>. In der Europäischen Gemeinschaft wurde zur Umsetzung der Vorgaben des WCT und des WPPT die Info-Richtlinie<sup>257</sup> ausgearbeitet. Die Mitgliedstaaten waren verpflichtet, diese Richtlinie bis zum 22.12.2002 in innerstaatliches Recht umzusetzen<sup>258</sup>. In Deutschland erfolgte die Implementierung im Rahmen der sog. „zwei Körbe“ der Urheberrechtsnovelle im Jahr 2003 bzw. 2007<sup>259</sup>, während die Arbeiten für einen Dritten Korb<sup>260</sup> im Jahr 2010 aufgenommen wurden.

In der Schweiz beauftragten die Räte den Bundesrat im Jahr 1997, den urheberrechtlichen Schutz auch im Zusammenhang mit den neuen Kommunikationstechnologien sicherzustellen sowie die Vorgaben des WCT- und des WPPT-Abkommens der WIPO umzusetzen, womit

---

<sup>252</sup> Dt.: WIPO-Urheberrechtsvertrag.

<sup>253</sup> Dt.: WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger.

<sup>254</sup> Im Bereich des Urheberrechts die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ), im Bereich des Leistungsschutzrechts das Rom-Abkommen.

<sup>255</sup> KUHLEN, 151.

<sup>256</sup> Kodifiziert wurden die Vorschriften des DMCA in Title 17 United States Code (17 U.S.C.).

<sup>257</sup> RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. 167 vom 22.06.2001, S. 10 ff.

<sup>258</sup> Art. 13 Abs. 1 RL 2001/29/EG.

<sup>259</sup> Der „Erste Korb“ ist das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.09.2003 (BGBl. I 1774), der „Zweite Korb“ das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Wissenschaft vom 26.10.2007 (BGBl. I 2513).

<sup>260</sup> Dieser „Dritte Korb“, der auch als Wissenschaftskorb bezeichnet wird, befasst sich insbesondere mit den Interessen von Wissenschaft, Lehre und Forschung, vgl. dazu die Pressemitteilung des Aktionsbündnisses „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“, <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/pressemitteilung0511.html.de>.

die Ratifizierung dieser beiden Abkommen ermöglicht werden sollte; in der Folge veröffentlichte das Institut für geistiges Eigentum im Jahr 2000 einen informellen Vorentwurf, der einen starken Schutz technischer Massnahmen ungeachtet der Schrankenbestimmungen vorsah<sup>261</sup> und somit eine erhebliche Einschränkung des Eigengebrauchs im Bereich der digitalen Nutzung zur Folge gehabt hätte. Da dieser informelle Vorentwurf auf breite Ablehnung seitens der Rechteinhaber und Nutzer stiess, wurde im Jahr 2004 ein zweiter Vorentwurf vorgelegt. Dieser sah einerseits die Verpflichtung der Rechteinhaber vor, den Zugang zu geschützten Werken und Leistungen zu gewähren, um die Ausübung zulässiger Nutzungshandlungen zu ermöglichen, enthielt aber andererseits auch ein Verbot von Vorbereitungshandlungen. Zudem wurde der Schutz auf jene technische Massnahmen ausgedehnt, die nicht nur die Nutzung geschützter Inhalte, sondern bereits den Zugang zu diesen beschränken. Dies hätte in den Augen der Nutzer eine starke Einschränkung des Eigengebrauchs und eine Gefährdung der Informations- und Wissenschaftsfreiheit zur Folge gehabt<sup>262</sup>. Kritiker bemängelten zudem die im Entwurf vorgesehene Regelung der Pflichten der Anwender technischer Massnahmen als zu kompliziert und nicht praxistauglich<sup>263</sup>. Schliesslich wurde im Jahr 2006 ein dritter Entwurf vorgelegt, der mit einer Teilrevision des Schweizer Urheberrechts seine Umsetzung fand und im Jahr 2008 in Kraft trat. Der im Zuge dieser Teilrevision neu ins Urheberrechtsgesetz eingeführter Titel 3a regelt seither den Schutz von technischen Massnahmen und Informationen für die Wahrnehmung von Rechten.

#### **2.3.4. Folgen des Einsatzes und rechtlichen Schutzes von DRM-Systemen**

##### **2.3.4.1. Auswirkungen auf die Schrankenbestimmungen**

Durch den Einsatz von DRM-Systemen und die Einführung des rechtlichen Schutzes zur Verhinderung der Umgehung technischer Massnahmen besteht die Gefahr, dass die Schrankenbestimmungen<sup>264</sup>, welche die Interessen der Nutzer schützen, weiter eingeschränkt oder gar ganz abgeschafft werden, zumal die Nutzung eines digitalen Inhaltes mittels DRM voll-

---

<sup>261</sup> Art. 70a VE 2000.

<sup>262</sup> B. EJPD 2005, 9 und 28 ff.

<sup>263</sup> B. EJPD 2005, 30 f.

<sup>264</sup> Zuweilen können DRM sogar den blossen Werkgenuss verhindern, der gemäss dem Prinzip der Freiheit des Werkgenusses vom Urheberrecht gar nicht erfasst wird. Dies ist z.B. dann vorstellbar, wenn ein online zugänglicher Artikel gegen Bezahlung nur ein oder wenige Male gelesen werden kann, ohne dass es möglich ist, eine Kopie davon zu machen. Freilich kommt es gerade bei der Übertragung von Daten über das Internet zu technisch bedingten Kopien, die nach einer gewissen Zeit automatisch wieder gelöscht werden und deren Anfertigung gemäss Art. 24a URG gestattet ist. Versteht man die Regelung von Art. 24a URG als Schrankenbestimmung, hat das genannte Beispiel keine Einschränkung des Werkgenusses, sondern letztlich ebenfalls die Einschränkung einer Schrankenbestimmung zur Folge. Zur Frage der Rechtsnatur von Art. 24a URG vgl. HILTY, Urheberrecht, N 229.

ständig kontrolliert und insbesondere auch das Recht auf Privatkopie<sup>265</sup> verhindert werden kann<sup>266</sup>. Das hat einen starken Eingriff in die bisherige Systematik der Urheberrechtsgesetzgebung zur Folge<sup>267</sup> und beseitigt das durch den Zweck des Urheberrechts angestrebte Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Interessen<sup>268</sup>. An die Stelle des bisherigen, durch das Gesetz angestrebten Interessenausgleichs tritt ein privater Vertrag, dessen Einhaltung mittels DRM erzwungen wird<sup>269</sup>.

In Anbetracht der Gefahr, die von technischen Massnahmen und deren rechtlichen Flankierung für die Interessen der Allgemeinheit ausgeht, wäre es besonders wichtig, dass der Gesetzgeber die flankierenden Massnahmen so ausgestaltet, dass sie das materielle Urheberrecht und die Schrankenbestimmungen unberührt lassen bzw. eine Möglichkeit vorgesehen wird, Schrankenbestimmungen bei missbräuchlicher Einschränkung durch technische Schutzmassnahmen durchzusetzen<sup>270</sup>. Zwar wird der gesetzliche Schutz generell auf „wirksame“ technische Massnahmen beschränkt<sup>271</sup> und nur die Umgehung zum Zweck nicht erlaubter Nutzun-

---

<sup>265</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 222, wonach vom Privatgebrauch *jede Art der Werkverwendung* erfasst wird, womit also im Rahmen des Privatgebrauchs auch ein Recht auf Vervielfältigung besteht.

<sup>266</sup> Vgl. GRASSMUCK, ZUM 2005, 104.

<sup>267</sup> KUHLEN, 153.

<sup>268</sup> GEIGER, Grundrechte, 156.

<sup>269</sup> BECHTOLD, DRM, 260; GRASSMUCK, DRM, 169.

<sup>270</sup> Vgl. auch Botschaft URG 2006, 3424, in der festgehalten wird, dass die rechtliche Flankierung technischer Massnahmen nicht dazu führen darf, dass die vom Gesetzgeber mit Schutzfristen und Schutzschranken für die Allgemeinheit geschaffenen Freiräume geschlossen werden.

<sup>271</sup> So verpflichtet Art. 11 WTC die Vertragsstaaten zur Gewährleistung eines angemessenen Rechtsschutzes und wirksamer Rechtsbehelfe gegen die Umgehung wirksamer technischer Massnahmen, die von Urhebern im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Rechte getroffen werden und die Handlungen in Bezug auf ihre Werke einschränken, welche nicht von den betroffenen Urhebern gestattet oder gesetzlich erlaubt sind. Art. 39a Abs. 1 URG beschränkt den Schutz technischer Massnahmen gemäss den Vorgaben von WCT und WPPT ebenfalls auf solche, die wirksam sind. Auf EU-Ebene schreibt Art. 6 Abs. 1 Info-RL einen „angemessenen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Massnahmen“ vor. In Deutschland verbietet § 95a Abs. 1 D-UrhG die Umgehung wirksamer technischer Massnahmen.

gen<sup>272</sup> verboten. Jedoch vermögen auch diese zum Schutz der Schrankenbestimmungen eingeführten Regelungen, die Beeinträchtigung der Schranken nicht zu verhindern. Trotz einiger anwendbarer Kriterien zur Bestimmung der Wirksamkeit technischer Massnahmen ist beispielsweise nach wie vor nicht restlos geklärt, was in den einzelnen Jurisdiktionen unter wirksamen technischen Massnahmen verstanden wird<sup>273</sup>. Ferner gibt es aufgrund des weiten Spielraums der Info-RL<sup>274</sup> hinsichtlich der DRM-Regulierung in den Ländern der EU unterschied-

---

<sup>272</sup> Vgl. Art. 11 WTC und Art. 18 WPPT, wonach das Umgehungsverbot dann nicht gilt, wenn eine technische Massnahme umgangen wird, um eine gesetzlich erlaubte Nutzung vorzunehmen. Art. 39a Abs. 2 URG verbietet nur die Umgehung technischer Massnahmen, die unerlaubte Nutzungen von Werken und anderen Schutzobjekten verhindern oder einschränken. Abs. 4 von Art. 39a URG konkretisiert den Vorrang der Schrankenbestimmungen vor dem Schutz technischer Massnahmen, indem statuiert wird, dass das Umgehungsverbot gegenüber denjenigen Personen nicht geltend gemacht werden kann, welche die Umgehung ausschliesslich zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung vornehmen. Aufgrund der Einschränkung des Umgehungsverbotes auf die Umgehung zum Zweck der unerlaubten Nutzung des geschützten Inhalts werden zudem in Übereinstimmung mit den WIPO-Verträgen technische Massnahmen dann nicht geschützt, wenn sie den Zugang zu gemeinfreien Werken und Leistungen bzw. zu ungeschützten Inhalten und/oder deren Nutzung betreffen (vgl. Botschaft URG 2006, 3424). Nach der Definition in Art. 6 Abs. 3 der Info-RL gelten als technische Massnahmen i.S.d. Richtlinie solche, die Handlungen in Bezug auf das betreffende Werk oder den betreffenden Schutzgegenstand verhindern oder einschränken, die vom Inhaber des betreffenden Rechts nicht genehmigt worden sind. Aus diesem Wortlaut, der systematischen Stellung und dem Sinn und Zweck des Umgehungsverbotes ist abzuleiten, dass sich die Massnahme einerseits auf einen urheberrechtlich geschützten Inhalt beziehen muss und andererseits solche Handlungen nicht erfasst werden, für die dem Rechteinhaber kein Verbotsrecht zusteht, PEUKERT, Schutzbereich, 37. In Deutschland verbietet §95a Abs. 1 D-UrhG generell die Umgehung wirksamer technischer Massnahmen, unabhängig davon, ob die Umgehung zum Zweck einer erlaubten oder unerlaubten Nutzung erfolgt. Nicht geklärt ist dabei die Frage, ob die Umgehung von Massnahmen, die den Zugang zu urheberrechtlich nicht geschützten Inhalten verhindern, zulässig ist, vgl. GEIGER, Grundrechte, 155 m.w.N. §95b D-UrhG soll bestimmten durch Schrankenregelungen Begünstigten helfen, diese gegenüber technischen Schutzmassnahmen durchzusetzen, indem die Rechteinhaber verpflichtet werden, den betreffenden Begünstigten die nötigen Mittel zur Verfügung zu stellen, um ihnen die Ausübung der durch die betreffende Schrankenbestimmung gewährten Rechte zu ermöglichen.

<sup>273</sup> Aufgrund der Möglichkeit der Umgehung von technischen Schutzmassnahmen ist z.B. das Kriterium der Geeignetheit in Art. 39a Abs. 2 URG zur Abgrenzung von wirksamen und unwirksamen technischen Schutzmassnahmen nicht wirklich hilfreich. Es ist wohl davon auszugehen, dass der Rechtsschutz in der Schweiz nur solche technische Massnahmen erfassen soll, zu deren Umgehung besondere Kenntnisse, technische Hilfsmittel oder Aufwand nötig sind, vgl. REHBINDER/VIGANÒ, N 13 zu Art. 39a. Art. 6 Abs. 3 der Info-RL bezeichnet technische Massnahmen bereits dann als wirksam, wenn sie dazu bestimmt sind, die Nutzung eines Inhalts oder den Zugang zum entsprechenden Inhalt zu kontrollieren bzw. zu verhindern. Die Richtlinie erfasst somit im Gegensatz zu den WIPO-Verträgen und der Schweizer Regelung auch einfache, schwache Kopierschutzvorrichtungen, vgl. ULBRICHT, 138. Zur Beurteilung der Wirksamkeit einer technischen Massnahme i.S.v. § 95a Abs. 1 D-UrhG stellt die deutsche Literatur darauf ab, ob der durchschnittliche Nutzer durch die Wirkungsweise der betreffenden technischen Massnahme von einer Urheberrechtsverletzung abgehalten werden kann, vgl. WANDTKE/OHST, in: Wandtke/Bullinger, N 50 zu § 95a m.w.N.; kritisch hierzu DAMMERS, 44 ff.

<sup>274</sup> Es wird insbesondere kritisiert, dass die Richtlinie aufgrund ihrer Natur nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels, nicht jedoch in Bezug auf die Wahl der Form und Mittel verbindlich ist, was den Mitgliedstaaten einen erheblichen Spielraum in der Ausgestaltung der konkreten Regelungen lässt, HERTIN, 773.

liche Regelungen, unter welchen Voraussetzungen die Umgehung von DRM zulässig ist<sup>275</sup> und an welche Stelle sich ein Nutzer wenden kann, um eine unzulässige Verwendung von DRM geltend zu machen<sup>276</sup>. Und selbst wenn, wie etwa in der Schweiz, eine Selbsthilfe zur Umgehung von technischen Massnahmen erlaubt ist, führt deren Einsatz wohl meist doch zum gewünschten Erfolg, zumal einerseits dem Grossteil der Nutzer die technischen Fähigkeiten für eine solche Umgehung fehlt und andererseits das Recht zur Selbsthilfe weitgehend unbekannt ist.

Der rechtlich abgesicherte Einsatz technischer Schutzmassnahmen hat mit Bezug auf die Nutzung der Inhalte zur Folge, dass auch Informationen, die nach den Regeln des geltenden Urheberrechts nicht (mehr) geschützt wären, aufgrund des technischen Schutzes nicht frei zugänglich und/oder nutzbar sind<sup>277</sup>. Zudem wird durch technische Schutzmassnahmen häufig nicht nur die Nutzung verunmöglicht, sondern bereits der blossе Werkgenuss verhindert<sup>278</sup>. Weiter erfährt auch der mittels einer urheberrechtlichen Schrankenbestimmung an sich gewährleistete Privatgebrauch durch den Einsatz technischer Schutzmassnahmen eine Einschränkung. Schliesslich sind technische Massnahmen faktisch direkt durchsetzbar, worin sie sich von rechtlichen Massnahmen unterscheiden, deren Verletzung lediglich zu einem An-

---

<sup>275</sup> Es stellt sich mithin die Frage, ob der Gesetzgeber dem Schutz technischer Massnahmen Vorrang vor den Schrankenbestimmungen einräumt. Die Info-Richtlinie gewährt den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gestaltung der Schrankenbestimmungen weitreichenden Spielraum, HERTIN, 773. So verpflichtet Art. 6 Abs. 4 Info-RL die Mitgliedstaaten, für sieben der insgesamt 21 in Art. 5 Info-RL aufgezählten Schrankenbestimmungen, geeignete Massnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die Schrankenbestimmungen auch durchgesetzt werden können, DREIER, ZUM 2002, 36 f. Aufgrund des in Art. 6 Abs. 4 Info-RL statuierten Vorrangs von freiwilligen Massnahmen seitens der Rechteinhaber muss eine entsprechende Regelung so ausgestaltet sein, dass die Massnahmen zur Durchsetzung der genannten Schrankenbestimmungen erst greifen, wenn derartige freiwillige Massnahmen innerhalb einer angemessenen Frist nicht ergriffen werden bzw. die Parteien sich diesbezüglich nicht einigen können, DREIER, ZUM 2002, 37; vgl. auch Erwägung 51 zur Urheberrechtsrichtlinie. Kritisiert wird u.a., dass die Privatkopie nicht unter die in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie aufgezählten Schrankenbestimmungen fällt, womit die Mitgliedstaaten selber entscheiden können, ob sie die Privatkopie unbeschränkt, beschränkt auf eine bestimmte Anzahl von Exemplaren oder überhaupt nicht erlauben wollen, ULBRICHT, 138.

<sup>276</sup> Seit Sommer 2008 existiert in der Schweiz die Beobachtungsstelle für technische Massnahmen (BTM) (vgl. Art. 39b URG). Sie hat zur Aufgabe, die Auswirkungen technischer Massnahmen auf die Schranken des Urheberrechts zu beobachten und darüber Bericht zu erstatten sowie als Vermittlerin zwischen Anwendern und Nutzern zu agieren und gemeinsame Lösungen zur Beilegung von Konflikten zu finden. Die BTM schreitet ein, wenn Anzeichen auf eine missbräuchliche Anwendung technischer Massnahmen vorliegen (Art. 16f URV). Findet sich keine Lösung, hat der Bundesrat die Möglichkeit, die BTM mittels Verordnung zur Verfügung von Massnahmen zu ermächtigen. Als Voraussetzung gilt dabei, dass der Schutz des öffentlichen Interesses ein solches Vorgehen erfordert (Art. 39b Abs. 2; GRABER, 329). Gemäss der deutschen Regelung in § 95b D-UrhG ist die Geltendmachung von Schrankenbestimmungen zum Zwecke der Umgehung technischer Schutzmassnahmen zwar möglich, wobei dies aber immer gegenüber dem Rechteinhaber (wenn nötig auf dem Weg einer Klage) geltend zu machen ist, da das Gesetz die Selbsthilfe nicht erlaubt; insofern bestehen erhebliche Hürden für die an sich zulässige Umgehung gewisser technischer Schutzmassnahmen, vgl. KUHLEN, 160.

<sup>277</sup> WEBER, Cyberspace, 180 ff.; EGLOFF, sic! 2007, 711; vgl. hierzu auch ZITTRAIN, 1201 ff.

<sup>278</sup> EGLOFF, sic! 2007, 711; PEUKERT, Schutzbereich, 36 ff.

spruch des Verletzten führt, der zuerst noch durchgesetzt werden muss<sup>279</sup>. Lawrence Lessig umschreibt diese Entwicklungen deshalb mit den Worten: „Code can, and increasingly will, displace law as the primary defense of intellectual property in cyberspace“<sup>280</sup>. Trotz der Tatsache, dass bisher noch keine Untersuchungen darüber bestehen, ob mit dem Einsatz von DRM überhaupt kommerzielle Erfolge erzielt werden können<sup>281</sup>, ist die Verwendung technischer Massnahmen noch immer weit verbreitet. Technische Schutzmassnahmen erlauben die individualisierte An- und Abrechnung der Nutzung digitaler Objekte und machen es somit möglich, Geschäftsmodelle der analogen Welt auf die digitale Welt zu übertragen; wird der Einsatz und die Ausgestaltung technischer Schutzmassnahmen aber allein dem Markt überlassen, besteht die Gefahr, dass die Freiheiten und Rechte der Allgemeinheit eine allzu starke Einschränkung erfahren<sup>282</sup>.

Die Interpretation des Urheberrechts, wonach dem Urheber die alleinige Verfügungsgewalt über sein Werk zugesprochen wird und die Interessen der Allgemeinheit lediglich durch Ausnahmen in Form von Schranken berücksichtigt werden, wird von einigen Autoren bereits als verfehlt betrachtet – vielmehr wird aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber Rechteinhabern nur bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen Verwertungsrechte gewährt, davon ausgegangen, dass die freie Nutzung das Prinzip darstellen und es sich bei der exklusiven Nutzung dagegen um die zu begründende Ausnahme handeln sollte<sup>283</sup>. So ist es für HILTY denn auch nicht ersichtlich, weshalb der Urheberrechtsmarkt anders behandelt werden soll als die übrigen Bereiche einer Marktwirtschaft, in denen ein funktionierender und dynamischer Wettbewerb als beste Voraussetzung für Wachstum und Wohlstand angesehen wird<sup>284</sup>. Die Verstärkung des Ausschliesslichkeitsrechts des Rechteinhabers zulasten der Allgemeinheit drängt die Konzeption einer freien Marktwirtschaft, in welcher der freie Markt die Regel ist und Monopole lediglich Ausnahmen darstellen, somit zunehmend in den Hintergrund.

#### 2.3.4.2. Einschränkung der Privatheit beim Umgang mit Wissen und Information

Eine weitere Gefahr des Einsatzes technischer Schutzmassnahmen wird schliesslich darin gesehen, dass durch die mögliche Kontrolle des Nutzungsverhaltens der Konsumenten beim

---

<sup>279</sup> Vgl. hierzu REIDENBERG, 580 f.

<sup>280</sup> LESSIG, Code, 175.

<sup>281</sup> KUHLEN, 151.

<sup>282</sup> KUHLEN, 162; vgl. auch KRÖGER, Informationsfreiheit, 8.

<sup>283</sup> GEIGER, Grundrechte, 151; GEIGER, GRUR Int. 2004, 819; KRÖGER, MMR 2002, 20; HOEREN, Urheberrecht 2000, 3; vgl. auch HILTY, Sündenbock, 111.

<sup>284</sup> HILTY, Sündenbock, 111.

Umgang mit Wissen und Information ein Eingriff in deren Privatsphäre stattfindet<sup>285</sup>. War es vor dem Einsatz technischer Schutzmassnahmen durch das System der Verwertungsgesellschaften möglich, den Urheber an der Massennutzung seiner Werke teilhaben zu lassen, ohne die Identität der Nutzer und deren Verhalten offenzulegen, führt der Einsatz von DRM durch die Möglichkeit der Identifikation der Nutzer und der Analyse des Nutzerverhaltens zu einem starken Eingriff in die Privatsphäre<sup>286</sup>. Daraus können sich nicht zuletzt auch datenschutzrechtliche Probleme ergeben<sup>287</sup>. Beim flächendeckenden Einsatz technischer Schutzmassnahmen wird deshalb gefordert, auf jeden Fall darauf zu achten, die Schrankenbestimmungen sowie die Grundwerte der Anonymität und Vertraulichkeit im Umgang mit DRM-geschützten Objekten zu sichern und die Möglichkeit der Kontrolle der Inhalte selbst zu verhindern<sup>288</sup>.

## **2.4. Rolle des Kartellrechts**

Im Zusammenhang mit der Einräumung des Ausschliesslichkeitsrechts an den Urheber und dem Einsatz technischer Schutzmassnahmen zur Kontrolle des Zugangs zu Information sowie der daraus resultierenden Gefahr des Missbrauchs stellt sich schliesslich auch die Frage nach der Anwendbarkeit des Kartellrechts<sup>289</sup>. Das Urheberrecht hat durch die Zuweisung eines Ausschliesslichkeitsrechts an den Urheber einen Eingriff in den Wettbewerb zur Folge<sup>290</sup>. Die Anrufung des Kartellrechts hat demgegenüber allgemein die Wiederherstellung des Wettbewerbs zum Ziel, der durch den übermässigen Schutz beseitigt oder erheblich gestört wird<sup>291</sup>. Art. 3 Abs. 2 KG regelt das Verhältnis des Immaterialgüter- und Kartellrechts dahingehend, dass Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sind. Nach h.L. ist diese Bestimmung heute nicht mehr als eigentlicher Vorbehalt des Immaterialgüterrechts gegenüber dem Kartellrecht zu verstehen, sondern vielmehr als Verpflichtung, den immaterialgüterrechtlichen Aspekten bei der kartellrechtlichen Prüfung angemessen Rechnung zu tragen<sup>292</sup>. Die vorliegenden urheberrechtlichen Sachverhalte sind einer kartellrechtli-

---

<sup>285</sup> KUHLEN, 283.

<sup>286</sup> Vgl. EGLOFF, *medialex* 2009, 15.

<sup>287</sup> WIDMER/BÄHLER, in: Müller/Oertli, N 15 zu Ausblick; WEBER, E-Commerce, 285.

<sup>288</sup> KUHLEN, 155 und 162.

<sup>289</sup> Vgl. WEBER, Informationsgesellschaft, 84; WEBER, Cyberspace, 184.

<sup>290</sup> Vgl. SCHLAURI, Staatliche Regulierung, 37.

<sup>291</sup> HILTY, Sündenbock, 117.

<sup>292</sup> DAVID/JACOBS, N 595; Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29.11.2010 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), Ziff. 112, 131 und 451; WEBER, Einleitung, SIWR V/2, 50 f.; JOVANOVIC, 56 ff., 67 ff.

chen Prüfung also durchaus zugänglich. Konkret wäre das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG zu untersuchen<sup>293</sup>.

Eine vertiefte Betrachtung der wettbewerbs- und lauterkeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Entwicklung des Urheberrechts würde den Umfang dieser Abhandlung sprengen und hat aus diesem Grund zu unterbleiben. Hingewiesen sei lediglich darauf, dass letztlich auch das Kartellrecht keine optimale Lösung zum Schutz der Interessen der Allgemeinheit darstellt, zumal es dem Einzelnen kein rasches und effizientes Instrument zur Durchsetzung bietet<sup>294</sup>.

### 3. Fazit

Es ist eine Tatsache, dass sich die rechtliche Sicherung des ökonomischen Interesses von den Urhebern losgelöst<sup>295</sup> und sich das Urheberrecht von einem das Individuum schützenden Autorenrecht zu einem Wirtschaftsrecht entwickelt hat<sup>296</sup>. Gleichzeitig steht der Gesetzgeber vor der Herausforderung, das Urheberrecht den neuen Entwicklungen und Gegebenheiten der Informationsgesellschaft anzupassen.

Beim Versuch, ein von allen involvierten Interessengruppen akzeptiertes Urheberrecht zu schaffen, ist es nötig, sämtliche Interessen angemessen zu berücksichtigen. Mit Bezug auf den Interessenausgleich sollte eine klare Trennung zwischen den Interessen der Urheber und jenen der vermittelnden Marktteilnehmer vorgenommen sowie transparenter gemacht werden, welche Regeln nun welche Interessen tatsächlich schützen<sup>297</sup>. Nicht vergessen werden darf zudem der Grundsatz, dass jede Einschränkung des freien Wettbewerbs rechtfertigungsbedürftig ist<sup>298</sup>.

Der Schutz der Urheber wird damit begründet, Anreize zu bieten, damit Neues geschaffen wird<sup>299</sup>. Die Interessen der vermittelnden Marktteilnehmer, deren Leistung sich nicht durch Kreativität, sondern vielmehr durch Investition auszeichnet, werden hingegen geschützt, um Marktversagen zu verhindern, denn ohne Ausschliesslichkeitsrecht im Gegenzug wäre kein

---

<sup>293</sup> WEBER, Informationsgesellschaft, 84.

<sup>294</sup> HILTY, Sündenbock, 117.

<sup>295</sup> Vgl. KUHLEN, 122, bezüglich des Gebiets der Bildung und Wissenschaft. Diese Loslösung des ökonomischen Interesses von den Urhebern und dessen Übertragung auf vermittelnde Marktteilnehmer trifft m.E. aber auch auf andere Gebiete zu, da es für Urheber immer schwieriger wird, sich gegenüber der Marktmacht vermittelnder Marktteilnehmer zu behaupten.

<sup>296</sup> Vgl. HILTY, Sündenbock, 111.

<sup>297</sup> HILTY, Sündenbock, 114.

<sup>298</sup> HILTY, Sündenbock, 122.

<sup>299</sup> Vgl. OHLY, 3.



vermittelnder Marktteilnehmer bereit, Investitionen zu tätigen, womit kein Wettbewerb zustande käme<sup>300</sup>. Führt der Rechtsschutz aber dazu, dass der Rechteinhaber den Zugang zu Inhalten uneingeschränkt kontrollieren kann und somit zugleich auch über ein Kontrollinstrument zur Überwachung des Zugangs zum System verfügt<sup>301</sup>, werden Nutzer daran gehindert, Inhalte zu nutzen und unter Zugriff auf bereits Bestehendes Neues zu schaffen – ein Zuviel an Rechtsschutz kann also durchaus zur Folge haben, dass das, was eigentlich erreicht werden will, nämlich die Förderung des Werkschaffens, letztlich behindert wird<sup>302, 303</sup>.

Zudem sollte mit Bezug auf die Anreizschaffung als dem vom Urheberrecht verfolgten Ziel nicht vergessen werden, dass sich durchaus nicht alle Urheber durch monetäre Anreize zur Werkschöpfung bewegen lassen. Vielmehr bestehen neben finanziellen auch andere Gründe, weshalb Urheber schöpferisch tätig werden<sup>304</sup>. Eine zu starke Fokussierung auf die Gruppe der Urheber, die mit ihrem Werkschaffen Geld verdienen wollen bzw. können, lässt die Interessen der anderen Urheber unbeachtet, deren Zahl aufgrund der veränderten Umstände für die Schöpfung und Verbreitung von Werken in der Informationsgesellschaft nicht unbedeutend ist.

Die heutige Urheberrechtssystematik basiert auf einem immer weiter ausgebauten Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers und geht von der Annahme aus, dass ein Markterfolg nur mittels der rechtlich umfassend geschützten privaten Aneignung von geistigen Leistungen, folglich mit einem starken Urheberrechtsschutz, erzielt werden kann<sup>305</sup>. Dagegen zeigt sich aber in der Praxis, dass mehr innovative und gewinnbringende Informationsmärkte entstehen, je freier der Zugang zu Wissen und Information gestaltet ist<sup>306</sup>. Vor diesem Hintergrund stellt sich angesichts der technischen und sozialen Entwicklungen generell die Frage, ob die Annahme, ein möglichst hohes Schutzniveau mit einer möglichst langen Dauer fördere die Kreativität und den dynamischen Wettbewerb, tatsächlich zutrifft<sup>307</sup>. Ein offener Zugang hat nicht nur Einfluss auf die passive Nutzung von Werken durch die Allgemeinheit. Vielmehr wird dadurch auch die Nutzung von Werken zur Produktion weiterer Werke ermöglicht. Ein starker Urheberrechtsschutz erhöht einerseits zwar die Einnahmen der Rechteinhaber, anderer-

---

<sup>300</sup> HILTY, Sündenbock, 122.

<sup>301</sup> Einige Autoren sprechen von einem Access Right, so KUHLEN, 463 f.; HILTY, GRUR Int. 2006, 181.

<sup>302</sup> HILTY, Sündenbock, 118.

<sup>303</sup> Vgl. für eine eingehende wirtschaftliche Analyse des Urheberrechts LANDES/POSNER, 325 ff.; vgl. auch SENFTLEBEN, CR 2003, 916.

<sup>304</sup> Vgl. vorne 20.

<sup>305</sup> KUHLEN, 211.

<sup>306</sup> KUHLEN, 211.

<sup>307</sup> Vgl. PEUKERT, Schutzniveau, 39 ff.

seits können aber die Preise von Werken aufgrund des fehlenden Wettbewerbs beliebig hoch angesetzt werden, was auch die Transaktionskosten zur Schaffung neuer Werke steigen lässt<sup>308</sup>; die Folge ist ein Rückgang der Schaffung immaterieller Güter, was letztlich dem Ziel des Urheberrechts widerspricht<sup>309</sup>.

Schliesslich dürfen neben den Interessen der Urheber und jenen der Verwerter die Bedürfnisse der Allgemeinheit nicht ausser Acht gelassen werden<sup>310</sup>. In diesem Zusammenhang ist die Einschränkung der Schrankenbestimmungen durch den Dreistufentest<sup>311</sup> mit einseitiger Auslegung der Prüfungskriterien zugunsten der Rechteinhaber sowie der Einsatz und die rechtliche Absicherung technischer Schutzmassnahmen problematisch, zumal die urheberrechtliche Stellung der Rechteinhaber dadurch zulasten der Zugangs- und Nutzungsrechte der Öffentlichkeit gestärkt wird. Bezüglich des übergeordneten Ziels der Wohlfahrtsförderung ist mithin von der Tatsache auszugehen, dass Information eine der wichtigsten Ressourcen in der Informationsgesellschaft und somit für deren Weiterentwicklung von elementarer Bedeutung ist<sup>312</sup>. Im Hinblick auf die kulturelle Entwicklung ist zudem der Erhalt der kulturellen Vielfalt für die Evolution der Menschheit als ebenso wichtig anzusehen wie die Bewahrung der biologischen Vielfalt für die Natur<sup>313</sup>. Für die kulturelle Weiterentwicklung und den Erhalt der kulturellen Vielfalt ist entscheidend, dass mit bereits bestehenden Inhalten experimentiert werden kann<sup>314</sup>, wodurch die Kreativität zukünftiger Werkschaffender gefördert und somit der Grundstein für Neuschöpfungen gesetzt wird<sup>315</sup>.

Die Ausgestaltung der Regelungen der Urheberrechtsgesetzgebung ist auch entscheidend dafür, ob die Entwicklung vernetzter Kommunikations- und Informationsstrukturen auf der Grundlage des technischen Fortschritts möglich ist, und beeinflusst somit die Qualität des Bildungssystems, die Inventionsfähigkeit der Wissenschaft sowie die Innovationskraft der Wirtschaft und nicht zuletzt auch die Weiterentwicklung der Informationsgesellschaft<sup>316</sup>. Ori-

---

<sup>308</sup> Vgl. TOWSE, Creativity, 16 m.w.N.

<sup>309</sup> Vgl. HILTY, Sündenbock, 118 f.

<sup>310</sup> SENFTLEBEN, Schranken, 164.

<sup>311</sup> Vgl. vorne 23.

<sup>312</sup> Vgl. BOYLE, 174 ff.; SENFTLEBEN, Schranken, 161.

<sup>313</sup> So bezeichnete der Generaldirektor Koichiro Matsuura die kulturelle Vielfalt in seinen Anmerkungen zu der Universal Declaration of Cultural Diversity, die auf der UNESCO-Generalkonferenz in Paris 2001 verabschiedet und durch die Konvention von 2006 erneuert und verstärkt wurde, als gemeinsames Erbe der Menschheit, vgl. KUHLEN, 451.

<sup>314</sup> LESSIG, Ideas, 82; vgl. auch SENFTLEBEN, Schranken, 167 ff.

<sup>315</sup> SENFTLEBEN, CR 2003, 916; vgl. auch PEUKERT, Schutzbereich, 18.

<sup>316</sup> Vgl. die Göttinger Erklärung zum Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft vom 05.07.2004, die von verschiedenen Wissenschaftsorganisationen, Fachgesellschaften, Verbänden und Einzelpersonen unterzeichnet wurde, <http://www.urheberrechtsbuendnis.de/index.html.de>.

entiert sich die Herstellung und die Nutzung von Informationsobjekten sowie der Zugang zu diesen ausschliesslich an den marktwirtschaftlichen Prinzipien der Aneignung und Verwertung, so verstärken sich die bereits bestehenden Ungleichheiten im Zugang und der Nutzung solcher Inhalte<sup>317</sup>. Dadurch entsteht auch die von LESSIG beschriebene Gefahr, dass sich unsere Informationsgesellschaft von einer freien zu einer feudalen Gesellschaft entwickelt<sup>318</sup>. Gestützt darauf ist eine Aufgabe des Staates darin zu sehen, mittels des Urheberrechts optimale Rahmenbedingungen für geistiges Tätigwerden zu schaffen und so die Werkschöpfung zu fördern<sup>319</sup>.

Damit ein Interessenausgleich erreicht werden kann, muss der Regelungsrahmen des Urheberrechts auch mit der situativ vorhandenen Umgebung kompatibel sein; angesichts der technischen Entwicklung und der daraus resultierenden Verbreitungsmöglichkeiten immaterieller Güter ist diese Kompatibilität nicht mehr vorhanden<sup>320</sup>. Gleichzeitig sollte auch bei der Gestaltung von Regelungen, die technische Massnahmen betreffen, von der Funktionsweise der Technik ausgegangen werden. In diesem Sinne erfordert jede Regelungstätigkeit betreffend das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft die exakte Erfassung des technischen Sachverhalts, womit juristische Debatten und Regulierungen nicht isoliert, sondern vielmehr interdisziplinär in Zusammenarbeit mit Technikern zu führen bzw. zu gestalten sind<sup>321</sup>.

Durch die bessere Berücksichtigung sämtlicher Interessen bei der Werkverbreitung kann zudem davon ausgegangen werden, dass die Urheberrechtsgesetzgebung auch bei den Nutzern wieder vermehrt an Akzeptanz gewinnt und von der Bevölkerung als richtig, vernünftig und notwendig angesehen wird<sup>322</sup>. Denn nur wenn gesetzliche Regelungen von sämtlichen betroffenen Interessengruppen akzeptiert werden, sind sie auch wirklich effektiv<sup>323</sup>.

Ein anderer Ansatz zur Gestaltung der urheberrechtlichen Gesetzgebung wäre ein System, bei dem der Gesetzgeber durch spezifische Regeln dafür Sorge zu tragen hätte, dass die Kontrolle über das Werk in Bezug auf die Verwertungsrechte und den Einsatz technischer Massnahmen

---

<sup>317</sup> Vgl. die Resolution „Sicherung des öffentlichen Zugangs zu Kultur-, Wissen- und Informationsgütern“ der 61. Hauptversammlung der Deutschen UNESCO-Kommission, <http://www.unesco.de/reshv61-1.html>.

<sup>318</sup> LESSIG, Free Culture, 267.

<sup>319</sup> SENFTLEBEN, Schranken, 162.

<sup>320</sup> WEBER, Informationsgesellschaft, 71.

<sup>321</sup> BECHTOLD, Informationsgesellschaft, 79 f.; so auch BECKEDAHL/LÜKE, 190.

<sup>322</sup> Vgl. HANSEN, 75.

<sup>323</sup> Vgl. HANSEN, 74 ff. und 356 f.; siehe auch GARON, 1283.

beim Urheber verbleiben würde<sup>324</sup>. Durch eine solche Regelung obläge es alleine dem Urheber zu entscheiden, inwieweit er die Nutzung seiner Werke zulassen will. Wird wie vorliegend davon ausgegangen, dass viele Urheber auf den maximalen Schutz verzichten, würden indirekt auch die Nutzer von einer solchen Regelung profitieren<sup>325</sup>. Ganz allgemein wäre für die Förderung des Interessenausgleichs bereits viel getan, wenn die Stellung des Urhebers gegenüber den vermittelnden Marktteilnehmern gestärkt würde. Fraglich ist auch, ob die Gleichbehandlung sämtlicher Werkkategorien durch das Urheberrecht mit Blick auf den Interessenausgleich sinnvoll ist, oder ob sich der Rechtsschutz nicht vielmehr nach der Bedeutung des Schutzgegenstandes für die Allgemeinheit richten sollte<sup>326</sup>. Zudem gilt es, den Bestrebungen in der Politik zur Verlängerung der urheberrechtlichen Schutzfristen entgegenzuwirken<sup>327</sup>.

Auf die Frage, wie das Urheberrecht zu ändern wäre, damit ein Interessenausgleich sämtlicher Akteure der Informationsgesellschaft herbeigeführt werden kann, wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen. Vielmehr sei im Folgenden ein Ansatz dargestellt, der Urhebern ein Instrument zur einfachen Werkverbreitung in die Hand geben soll, das aber nicht anstelle des Urheberrechts tritt, sondern vielmehr auf diesem basiert.

---

<sup>324</sup> PEUKERT, Schutzbereich, 44.

<sup>325</sup> PEUKERT, Schutzbereich 45. Der Autor spricht deshalb in diesem Zusammenhang vom Urheberschutz als Nutzerschutz.

<sup>326</sup> Siehe den Vorschlag von HILTY, Sündenbock, 125 ff.

<sup>327</sup> Vgl. HILTY, Sündenbock, 130 ff.

## Teil III „Offene“ Modelle

### 1. Allgemeines

Da in absehbarer Zeit nicht mit einer umfassenden Revision des Urheberrechts zu rechnen ist<sup>328</sup>, wird gestützt auf das geltende Recht versucht, Modelle zu finden, die Urhebern die Verbreitung ihrer Werke an ein breites Publikum unter grösstmöglicher Verminderung der Transaktionskosten erlauben. Aufgrund der Zweifel an der Wirksamkeit eines Urheberrechts, das zur Förderung von Innovation und Kreativität allein auf einen starken Schutz der Rechte des Urhebers setzt, wird dabei die Frage gestellt, ob die durch Lizenzierung erlaubte freie Nutzung Kreativität und Innovation nicht viel stärker fördert<sup>329</sup>. Als Reaktion auf den fortwährenden Ausbau der urheberrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechte und die Einschränkung der Schrankenbestimmungen sowie die Privatisierung des Urheberrechts mittels technischer Schutzmassnahmen setzen sich verschiedene Organisationen<sup>330</sup> deshalb für einen möglichst offenen Zugang zu verschiedenen Arten von Inhalten ein, sodass auf deren Grundlage neue Informationen und somit auch neues Wissen entstehen können.

Um dieses Ziel im Rahmen des geltenden Rechts zu erreichen, hat die Lehre verschiedene offene Modelle entwickelt, die den freien Zugang zu immateriellen Gütern sowie deren Nutzung erleichtern sollen. Die Bezeichnung „open“ bzw. „offen“ wird dabei allgemein für Konzepte verwendet, die im Gegensatz zum herkömmlichen informationsökonomischen Konzept der Verknappung stehen<sup>331</sup>, indem der Zugang zu – und allenfalls auch die Nutzung von – Inhalten offen bzw. frei ist. Die Anwendung solcher offenen Modelle hat keineswegs den Verzicht auf das Urheberrecht durch den Rechteinhaber zur Folge<sup>332</sup>. Vielmehr wird im Sinne eines privaten Regelungssystems für jedes Werk ein individuelles Schutzniveau definiert<sup>333</sup> und so dem Urheber bzw. Rechteinhaber überlassen, zu weitgehende Verbotsrechte mittels Rechteeinräumung an die Allgemeinheit einzuschränken<sup>334</sup>. Insofern wird dem Rechteinhaber ein Instrument an die Hand gegeben, um den direkten Kontakt zum Nutzer ohne finanziellen

---

<sup>328</sup> Vgl. HILTY, Sündenbock, 137.

<sup>329</sup> Vgl. FLEW, 257 ff.

<sup>330</sup> So z.B. die *Free Software Foundation*, [www.fsf.org](http://www.fsf.org), *Debian*, [www.debian.org](http://www.debian.org), *Creative Commons*, [www.creativecommons.org](http://www.creativecommons.org), die *Digitale Allmend*, [www.allmend.ch](http://www.allmend.ch) sowie sämtliche Unterzeichner der Berliner und Budapester Erklärungen zu Open Access, vgl. sogleich 53 und 54.

<sup>331</sup> KUHLEN, 456.

<sup>332</sup> Zur Frage der Möglichkeit eines derart umfassenden Verzichts auf das Urheberrecht im Schweizer Recht vgl. hinten 280ff.

<sup>333</sup> HIETANEN, 16.

<sup>334</sup> METZGER, Open Content, 253.

und zeitlichen Aufwand rechtlich abzusichern und damit die reibungslose Zirkulation von Information und Wissen unter der Kontrolle des Rechteinhabers zu erleichtern.

Unter den Begriff der „offenen Modelle“ werden das Open-Content-, das Open-Access- und das Open-Source-Modell subsumiert<sup>335</sup>. Während sich Open Source und Open Content hinsichtlich der betroffenen Werkarten und der freigegebenen Rechte voneinander unterscheiden, bezieht sich Open Access primär auf den offenen Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen<sup>336</sup>.

## **2. Open Content**

### **2.1. Versuch einer Definition**

Der Begriff Open Content wurde im Jahr 1998 von David A. Wiley im Zusammenhang mit der Gründung einer Open-Content-Initiative eingeführt<sup>337</sup>. Die Wortschöpfung erfolgte als Analogie zum bereits existierenden Begriff Open Source, mit dem Unterschied, dass letzterer sich auf den Code bezieht, während ersterer sämtliche übrigen Inhalte (Texte, Bild-, Tonwerke etc.) umfasst<sup>338</sup>.

Im Unterschied zum Begriff Open Source<sup>339</sup> existiert für Open Content keine einheitliche Definition<sup>340</sup>. Grundsätzlich sind Inhalte im Sinne des Begriffs Open Content dann offen, wenn den Nutzern mittels einer an die Allgemeinheit gerichteten Lizenz kostenlos mehr Rechte im Zusammenhang mit der Nutzung eingeräumt werden, als ihnen das geltende Urheberrecht gewährt<sup>341</sup>. In einem weiten Sinn werden unter den Begriff Open Content dementsprechend sämtliche Lizenzen subsumiert, durch die den Nutzern kostenlos die Vervielfältigung und Verbreitung des Lizenzgegenstandes erlaubt werden<sup>342</sup>. Aufgrund dieser Definition, die auch Lizenzen umfasst, welche die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes und/oder dessen kommerzielle Nutzung verbieten oder dessen Nutzung nur für bestimmte Nutzergruppen erlauben<sup>343</sup>, wird eine Vielfalt von Lizenz-Arten unter den Begriff des Open-Content-Modells subsumiert,

---

<sup>335</sup> PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 87 spricht von der „Trias der Openness“.

<sup>336</sup> Vgl. sogleich 53.

<sup>337</sup> STROBEL, 778.

<sup>338</sup> Vgl. auch WIDMER/BÄHLER, in: Müller/Oertli, N 20 zu Ausblick.

<sup>339</sup> Zum Begriff Open Source vgl. sogleich 51 ff.

<sup>340</sup> HIETANEN, 37; WIDMER/BÄHLER, in: Müller/Oertli, N 20 zu Ausblick; JAEGER/METZGER, MMR 2003, 431.

<sup>341</sup> Siehe etwa PLAB, 670; JAEGER/METZGER, MMR 2003, 431; vgl. zudem LIANG, 44 sowie KREUTZER, 14 f.

<sup>342</sup> WIDMER/BÄHLER, in: Müller/Oertli, N 20 zu Ausblick; vgl. auch ROSENKRANZ, 21.

<sup>343</sup> ROSENKRANZ, 21.

so auch sämtliche, den Gegenstand dieser Arbeit bildenden Creative-Commons-Lizenzen<sup>344</sup>. Insbesondere von Seiten der Open-Source-Community wird diese Definition jedoch als zu weitgehend kritisiert, zumal sie nicht mit der Definition von Open Source übereinstimmt, wonach Lizenzen nur dann als „offen“ bzw. „frei“<sup>345</sup> gelten, wenn sie das Recht zur Benutzung des Lizenzgegenstandes zu kommerziellen Zwecken sowie das Recht zur Bearbeitung des Lizenzgegenstandes einräumen<sup>346</sup>. Im Hinblick auf die Pflichten des Nutzers wird zudem auch im Zusammenhang mit den Open-Content-Lizenzen die Copyleft-Klausel als zentrales Element genannt<sup>347</sup>. Vor diesem Hintergrund wird das Open-Source-Modell als eine auf Computerprogramme zugeschnittene Form des Open-Content-Modells verstanden<sup>348</sup>. Von dieser engeren Definition ausgehend, liessen sich nicht sämtliche Creative-Commons-Lizenzen unter den Begriff Open Content subsumieren, denn vier von sechs Lizenzen erlauben entweder keine Bearbeitung oder schränken die Nutzung auf nichtkommerzielle Zwecke ein<sup>349</sup>.

Auch wenn sich der Begriff Open Source mit Bezug auf die freigegebenen Rechte nicht mit der weiten Definition von Open Content deckt, wonach sämtliche Lizenzen als „offen“ gelten, die kostenlos mehr Rechte am Lizenzgegenstand einräumen, als dem Nutzer bereits durch die Urheberrechtsgesetzgebung zukommen, werden in der vorliegenden Arbeit sämtliche Lizenzen unter den Begriff Open Content subsumiert, welche die kostenlose Nutzung, Vervielfältigung und Verbreitung des Lizenzgegenstandes erlauben.

## **2.2. Potential der Open-Content-Lizenzen**

Das Potential der Open-Content-Lizenzen liegt in der Möglichkeit, lizenzierte Werke schnell und einfach einem möglichst grossen Publikum zugänglich zu machen<sup>350</sup>. Das ist für diejenigen Urheber interessant, die ihre Werke nicht aus primär monetären Interessen verbreiten

---

<sup>344</sup> Vgl. PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 90. Eine andere bekannte Open-Content-Lizenz ist die im Jahr 2000 veröffentlichte GNU Free Documentation License (GNU FDL oder GFDL), die im Zusammenhang mit der Open-Source-Softwareentwicklung primär für Handbücher bzw. Anleitungen und Referenzen für Software geschaffen wurde und insbesondere auch im Zusammenhang mit Wikipedia Bekanntheit erlangte, vgl. hinten 275. Darüber hinaus existiert eine Vielzahl von weiteren Open Content Lizenzen, die teils werkübergreifend, teils aber auch speziell für einzelne Werkkategorien konzipiert sind, vgl. zum ganzen ROSENKRANZ, 23; siehe auch PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 103 ff.

<sup>345</sup> Zur Begriffsunterscheidung vgl. hinten 57.

<sup>346</sup> Vgl. hinten 51 f.; JAEGER/METZGER, MMR 2003, 431 f., gehen allgemein und in Anlehnung an die Definition von Open Source dann vom Vorliegen einer Open Content Lizenz aus, wenn „[der Lizenzgegenstand] ‚diskriminierungsfrei‘ durch jedermann zu jedem Zweck genutzt und in beliebiger Weise verändert werden darf“. Werden dem Nutzer diese Rechte nicht eingeräumt, sprechen die Autoren von „Open-Content-ähnlichen“ Lizenzen.

<sup>347</sup> PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 89.

<sup>348</sup> Vgl. hierzu JAEGER/METZGER, MMR 2003, 431 f.; vgl. auch PLAB, 671.

<sup>349</sup> Vgl. hierzu hinten 65.

<sup>350</sup> Vgl. KREUTZER, 16 f.

wollen<sup>351</sup>. Aus diesem Grund ist der Einsatz von Open-Content-Lizenzen insbesondere für die Lizenzierung von Werken im Wissenschaftsbereich – unter anderem auch im Rahmen von Open Access – verbreitet<sup>352</sup>, zumal Wissenschaftler zumeist mit dem Ziel publizieren, ihren Namen bekannt zu machen und mit ihren Forschungsergebnissen ein breites Publikum zu erreichen<sup>353</sup>. Zudem soll Bildungseinrichtungen und Bibliotheken durch den Einsatz von Open-Content-Lizenzen die Literaturbeschaffung erleichtert werden, zu deren Finanzierung sie im Rahmen herkömmlicher Modelle heute oftmals nicht mehr in der Lage sind<sup>354</sup>.

Des Weiteren ermöglichen Open-Content-Lizenzen gerade mit Bezug auf staatlich geförderte bzw. durch Steuergelder finanzierte öffentliche Einrichtungen und Institutionen, dass die dort erzielten Forschungsergebnisse der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden können<sup>355</sup>. Aber auch ausserhalb des Wissenschaftsbereichs werden vermehrt Open-Content-Lizenzen eingesetzt, insbesondere, um die Zusammenarbeit verschiedener Schöpfer kreativer Inhalte zu ermöglichen und zu fördern<sup>356</sup>. Dies ist vor allem deshalb möglich, da Open-Content-Lizenzen i.d.R. die gegenseitige Einräumung des Bearbeitungsrechts vorsehen und somit die Nutzung dezentralisierter kollaborativer Arbeitsmodelle vereinfachen<sup>357</sup>.

Schliesslich ist mit Open-Content-Lizenzen durchaus auch die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele möglich, indem mittelbare Einnahmequellen wie Werbung oder Verbundprodukte durch die mittels kostenloser Werkverbreitung erzielte Aufmerksamkeit fruchtbar gemacht werden<sup>358</sup>.

---

<sup>351</sup> KREUTZER, 17.

<sup>352</sup> Vgl. STROBEL, 781, betreffend die im Auftrag des Kompetenznetzwerks Universitätsverbund MultiMedia NRW erstellten Open-Content-Lizenzen.

<sup>353</sup> Vgl. vorne 20.

<sup>354</sup> Vgl. hinten 54.

<sup>355</sup> STROBEL, 781.

<sup>356</sup> <http://creativecommons.org/licenses/>. Das prominenteste Projekt, das Open-Content-Lizenzen einsetzt, ist die Online-Enzyklopädie Wikipedia, vgl. hinten 275.

<sup>357</sup> STROBEL, 781.

<sup>358</sup> KREUTZER, 17 f.



### 3. Abgrenzungen

#### 3.1. Open-Source-Modell

Das Open-Source-Modell ist insbesondere durch die Open-Source-Software (OSS) bekannt geworden<sup>359</sup>. Darunter wird Software verstanden, zu deren Verbreitung ein bestimmtes Lizenzmodell angewendet wird, die sich in Bezug auf ihre Programmierung aber nicht von anderer Software unterscheidet<sup>360</sup>.

Im Gegensatz zum Begriff Open Content bestehen für den Begriff Open Source eine Reihe von Merkmalen, die im Jahr 1998 von der Open-Source-Initiative<sup>361</sup> in der Open-Source-Definition zusammengefasst wurden<sup>362</sup> und die eine Softwarelizenz erfüllen muss, um als Open-Source-Lizenz zu gelten<sup>363</sup>. Bei der Open-Source-Software wird, im Gegensatz zur herkömmlichen sog. proprietären Software, das Quellformat offengelegt<sup>364</sup>. Zudem werden dem Nutzer die entsprechenden Nutzungsrechte eingeräumt, damit die Software von jedermann gebraucht, vervielfältigt, bearbeitet und verbreitet werden kann<sup>365</sup>. Die bekannteste Lizenz in diesem Zusammenhang ist die GNU General Public License (GPL). Der GPL liegen die sog. „vier Freiheiten“ zugrunde, nämlich die Freiheit, ein Programm für jeden Zweck einsetzen zu dürfen, die Freiheit, untersuchen zu dürfen, wie ein Programm funktioniert und es den eigenen Bedürfnissen anzupassen, die Freiheit, Kopien für andere machen zu dürfen, und die Freiheit, das Programm verändern zu dürfen und die Veränderungen der Allgemeinheit zugänglich zu machen<sup>366</sup>.

Die Verwender von Open-Source-Software trifft die Pflicht zur Offenlegung des Quellcodes sowie die Pflicht, die Software nur unentgeltlich und zu den Bedingungen der Open-Source-Lizenz weiterzugeben<sup>367</sup>. Dabei muss insbesondere auch das Recht zum kommerziellen Gebrauch eingeräumt werden<sup>368</sup>, sodass der Lizenznehmer von Dritten zwar keine Lizenzgebüh-

---

<sup>359</sup> Richard Stallman gründete im Jahr 1985 die *Free Software Foundation* (FSF) und formulierte die Grundregeln der Philosophie von Open-Source-Software, auf deren Grundlage die GNU Public License (GPL) als bekannteste Open-Source-Lizenz entwickelt wurde, DEIKE, 9.

<sup>360</sup> DEIKE, 9; KOCH, CR 2000, 273.

<sup>361</sup> [www.opensource.org](http://www.opensource.org).

<sup>362</sup> DEIKE, 10.

<sup>363</sup> Die Kriterien, die Open-Source-Software erfüllen muss, um als solche zu gelten, sind abrufbar unter <http://www.opensource.org/docs/osd>.

<sup>364</sup> Die Software wird also zusammen mit ihrem Source Code lizenziert; vgl. SCHIFFNER, 17.

<sup>365</sup> WIDMER, OSS, 38; SANDL, 346 f.

<sup>366</sup> Siehe die Definition für Freie Software unter <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.en.html>.

<sup>367</sup> SESTER, 797; DEIKE, 9.

<sup>368</sup> Dies geht aus § 6 der Open-Source-Software-Definition hervor.

ren für die Nutzung des Lizenzgegenstands verlangen darf, wohl aber ein Entgelt für mit dem Lizenzgegenstand in Zusammenhang stehende Dienstleistungen. Im Open-Source-Bereich besteht deshalb ein verbreitetes Businessmodell in der entgeltlichen Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit Open-Source-lizenzierter Software, wie z.B. Support, Beratung und Schulungen<sup>369</sup>.

Die Pflicht zur Weitergabe unter denselben Lizenzbedingungen (sog. Copyleft) soll das Weiterbestehen einer offenen Lizenz bei der Verbreitung von Bearbeitungen des Lizenzgegenstandes bewirken, indem das Recht zur Modifizierung der Software mit der Pflicht verbunden wird, der Allgemeinheit an der Bearbeitung mindestens dieselben Nutzungsrechte einzuräumen, die bereits am Ausgangswerk bestehen<sup>370</sup>. Dadurch soll sichergestellt werden, dass Weiterentwicklungen von Open-Source-Software der Gemeinschaft wiederum zu denselben Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, wie sie der Bearbeiter schon erhalten hat, bzw. soll verhindert werden, dass der Bearbeiter seine Modifikation unter eine restriktivere Lizenz stellt oder diese sogar als proprietäre Software verbreitet<sup>371</sup>.

Erfüllen die Lizenzbedingungen, mittels derer eine Software verbreitet wird, die Kriterien der Open-Source-Definition, so wird der Lizenz von der Open-Source-Initiative das Zertifikat *Approved license* verliehen<sup>372</sup>. Neben der bekanntesten Open-Source-Lizenz, der GNU General Public License (GPL)<sup>373</sup>, existieren auch viele andere Open-Source-Lizenzen<sup>374</sup>. Bis heute wurden zahlreiche Softwareprogramme nach dem Standard von Open Source entwickelt, die inzwischen weit verbreitet sind, so u.a. das Betriebssystem Linux oder das Officepaket Open Office<sup>375</sup>.

Während die wesentlichen Merkmale des Open-Source-Modells gerade darin liegen, dass den Nutzern bestimmte Rechte wie das Bearbeitungsrecht und das Recht zur kommerziellen Nutzung mittels Lizenzierung eingeräumt werden, variieren die freigegebenen Nutzungsmöglichkeiten je nach ausgewählter Open-Content-Lizenz stark. So erlauben nicht alle Open-Content-Lizenzen die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes. Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte bei anderen Werkgattungen – im Unterschied zu Soft-

---

<sup>369</sup> METZGER/JAEGER, GRUR Int. 1999, 840; vgl. DEIKE, 10.

<sup>370</sup> <http://www.gnu.org/copyleft/>.

<sup>371</sup> SCHIFFNER, 79.

<sup>372</sup> <http://opensource.org/licenses>.

<sup>373</sup> Der Text der GPL ist abrufbar unter [www.gnu.org/copyleft/gpl.html](http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html).

<sup>374</sup> So z.B. die Lesser GPL (LGPL); eine Liste der von der OSI anerkannten Open-Source-Lizenzen findet sich unter <http://www.opensource.org/licenses>.

<sup>375</sup> STROBEL, 778.

ware – eine wichtigere Rolle spielen<sup>376</sup>. Ebenso besteht bei Open-Content-Lizenzen oft die Möglichkeit, das Nutzungsrecht lediglich zum nichtkommerziellen Gebrauch einzuräumen<sup>377</sup>.

### 3.2. Open-Access-Modell

Als Open Access wird der freie Zugang zu Informationen bezeichnet, wobei die Offenheit grundsätzlich in der Offenheit des Zugangs und der Nutzung für die Allgemeinheit besteht<sup>378</sup>. Der Begriff Open Access wird zwar häufig im Zusammenhang mit dem Internet verwendet, umfasst jedoch den freien Zugang zu und die freie Nutzung von Wissensobjekten jeglicher medialen Art<sup>379</sup>. Die Open-Access-Initiative wurde erstmals im Jahr 2001 durch die Veröffentlichung der Budapester Erklärung<sup>380</sup> bekannt. Seither haben die Open-Access-Prinzipien durch weitere Open-Access-Erklärungen<sup>381</sup> an politischem Gewicht gewonnen<sup>382</sup>. Von zentraler Bedeutung ist das Open-Access-Modell insbesondere im Zusammenhang mit wissenschaftlicher Literatur<sup>383</sup>. Im Wissenschaftsbereich tätige Personen sind i.d.R. nicht darauf angewiesen, unmittelbar durch die Veröffentlichung der von ihnen gewonnenen und in Form gebrachten Erkenntnisse einen finanziellen Nutzen zu ziehen. Vielmehr wird die Forschung bereits anderweitig (in aller Regel durch den Staat) gefördert. Durch die Publikationstätigkeit an sich, steht für den Wissenschaftler daher vielmehr die Förderung der wissenschaftlichen Karriere durch den Aufbau einer Reputation im Vordergrund, die primär dadurch erreicht wird, dass seine Werke für die Nutzer leichter zugänglich sind<sup>384</sup>. Dazu kommt, dass die Kenntnisnahme und das Aufarbeiten der Arbeitsergebnisse anderer wesentliche Voraussetzungen des wissenschaftlichen Arbeitens darstellen, womit der privilegierte Zugang zu fachspezifischer Information für den Wissenschaftler unumgänglich ist<sup>385</sup>. Aufgrund der Förderungstätigkeit des Staates im Bereich der Wissenschaft besteht zudem auch ein Anspruch der Allgemeinheit auf Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen. Diesem Bedarf an Offenheit des Zugangs zu Informationen steht insbesondere auch im Wissenschaftsbereich die vermehr-

---

<sup>376</sup> JAEGER/METZGER, MMR 2003, 431.

<sup>377</sup> So auch bei den Creative-Commons-Lizenzen, vgl. hinten 65; siehe zum ganzen auch STALDER, 307.

<sup>378</sup> Vgl. [http://open-access.net/de/allgemeines/was\\_bedeutet\\_open\\_access/](http://open-access.net/de/allgemeines/was_bedeutet_open_access/).

<sup>379</sup> Vgl. KUHLEN, 453 ff.

<sup>380</sup> <http://www.soros.org/openaccess/read.shtml>.

<sup>381</sup> So die „Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities“, <http://oa.mpg.de/lang/de/berlin-prozess/berliner-erklarung/> (siehe sogleich 54) und das „Bethesda Statement on Open Access Publishing“, <http://www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm>.

<sup>382</sup> KUHLEN, 473.

<sup>383</sup> Für eine Liste der sich dem Open-Access-Gedanken verpflichteten Fachzeitschriften vgl. das Directory of Open Access Journals, <http://www.doaj.org/>.

<sup>384</sup> Vgl. KUHLEN, 130.

<sup>385</sup> EGLOFF, sic! 2007, 705.

te Monopolisierung der Verwertungsrechte und der Ausbau der Zugangsbeschränkungen zugunsten der Verwerter gegenüber<sup>386</sup>.

Um wissenschaftliche Publikationen vervielfältigen und verbreiten zu können, übertragen die Urheber die entsprechenden Rechte, i.d.R. inklusive des Rechts zur elektronischen Nutzung, mittels ausschliesslicher Lizenzen auf wissenschaftliche Verlage, sodass es dem Urheber selbst auch nicht mehr möglich ist, sein Werk elektronisch zu verbreiten<sup>387</sup>. In der Folge obliegt es alleine den Verlagen, abhängig von ihrer Marktstellung, die Konditionen der Nutzung durch Dritte zu bestimmen<sup>388</sup>. Gleichzeitig werden Aufsätze und Monographien zunehmend nur noch als Online-Versionen angeboten, deren Zugang durch technische Schutzmassnahmen geschützt wird, was wiederum zur Folge hat, dass immer weniger Werkexemplare produziert werden<sup>389</sup>. Diese Monopolisierung und Kommerzialisierung im Verlags- und Publikationswesen führt zudem dazu, dass sich insbesondere Bibliotheken und Hochschulen, die wissenschaftliche Publikationen für die nichtkommerzielle wissenschaftliche Nutzung zur Verfügung stellen, die Beschaffung von wissenschaftlicher Literatur nicht mehr leisten können<sup>390</sup>.

Aus diesem Grund verfehlt das Urheberrecht im Wissenschaftsbereich vermehrt seine Zielsetzung<sup>391</sup>. So nennt auch die, für die Open-Access-Bewegung zentrale, im Jahre 2003 von namhaften europäischen und amerikanischen Forschungsorganisationen und Universitäten unterzeichnete „Berliner Erklärung über offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“ als Ziel die Verwirklichung der „vision of a global and accessible representation of knowledge“<sup>392</sup>. Mit der Unterzeichnung dieser Erklärung verpflichteten sich die wichtigsten Schweizer Wissenschaftsinstitutionen<sup>393</sup>, viele grosse Wissenschaftsorganisationen anderer Länder sowie zahlreiche internationale Organisationen zur Unterstützung der Open-Access-Philosophie<sup>394</sup>. Aus diesem Grund hat der Nationale Forschungsrat des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF) am 04.07.2007 eine „Weisung betreffend

---

<sup>386</sup> Vgl. ROSENKRANZ, 5.

<sup>387</sup> SANDBERGER, 819.

<sup>388</sup> SANDBERGER, 819.

<sup>389</sup> Vgl. HILTY, Sündenbock, 110; siehe auch HILTY, GRUR Int. 2006, 180.

<sup>390</sup> STROBEL, 781; BECKEDAHN/LÜKE, 113; vgl. auch PFLÜGER/ERTMANN, 437; EGLOFF, sic! 2007, 706; MOODY, 302.

<sup>391</sup> HILTY, GRUR Int. 2006, 179.

<sup>392</sup> „Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities“, siehe FN 381.

<sup>393</sup> Die Rektorenkonferenz der Schweizer Universitäten (CRUS), die Konferenz der Fachhochschulen der Schweiz (KFH), die Schweizerische Konferenz der Rektorinnen und Rektoren der Pädagogischen Hochschulen (SKPH), der Rat der schweizerischen wissenschaftlichen Akademien (CASS) sowie der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF).

<sup>394</sup> Eine aktuelle Liste der Unterzeichner der „Berliner Erklärung“ findet sich unter <http://oa.mpg.de/lang/de/berlin-prozess/signatoren/>.

Open Access zu Forschungspublikationen aus vom SNF geförderten Forschungsprojekten“ herausgegeben<sup>395</sup>, wonach Beitragsempfänger grundsätzlich dazu verpflichtet werden, ihre Forschungsergebnisse in Form einer Open-Access-Publikation zu veröffentlichen, selbst wenn sich die Verpflichtung auf die Zweitverwertung in Open Repositories bezieht<sup>396, 397</sup>. Die Kosten für die Publikation sind von den Beitragsempfängern selbst zu übernehmen. Bei einer Publikation in einer Open-Access-Zeitschrift<sup>398</sup> können Ausnahmen von der Kostentragungspflicht der Beitragsempfänger bewilligt werden.

Neben der zunehmenden Schwierigkeit der Literaturbeschaffung für Bibliotheken wird das Open-Access-Prinzip in der Wissenschaft auch damit begründet, dass der Öffentlichkeit ein Nutzungsrecht an jenen Werken zukommen soll, die in einer öffentlichen Funktion und durch öffentlich bereitgestellte Mittel erstellt wurden<sup>399</sup>. Aufgrund dieser unbefriedigenden Tendenzen wird zunehmend der Ruf nach alternativen Ansätzen laut, die es den Bibliotheken, Hochschulen und vergleichbaren Institutionen erlauben sollen, die notwendige Ausstattung mit einem vertretbaren finanziellen Aufwand zu beschaffen und zudem den monopolähnlichen Strukturen zugunsten eines freien Wettbewerbs entgegenzuwirken sowie die durch öffentliche Mittel ermöglichte Gewinnabschöpfung durch private Verlage zu verhindern<sup>400</sup>. Aus diesen Gründen hat auch die EU-Kommission beschlossen, Projekte, die von der EU oder einzelnen

---

<sup>395</sup> [http://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/Dossiers/dos\\_OA\\_Weisung\\_d.pdf](http://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/Dossiers/dos_OA_Weisung_d.pdf).

<sup>396</sup> Bei diesem sog. Green-Road-Ansatz werden Texte parallel zur konventionellen Publikation auf institutionellen oder disziplinären Open-Access-Dokumentenservern (sog. Repositorien) oder aber mittels Selbstarchivierung auf der eigenen Homepage archiviert und so frei zugänglich gemacht, vgl. HILTY/SEEMANN, N 12. Die Green Road im engeren Sinn umfasst nur solche Texte, die bereits durch ein Reviewing-Verfahren begutachtet und zur Veröffentlichung angenommen bzw. bereits veröffentlicht worden sind, deren Qualität also bereits überprüft worden ist, KUHLEN, 458. Daneben wird jedoch die Archivierung auch solcher Texte unter die Green Road subsumiert, die weder durch Peer Review noch durch ein Editorial Board begutachtet worden sind, vgl. [http://open-access.net/ch\\_de/allgemeines/was\\_bedeutet\\_open\\_access/open\\_access\\_strategien/](http://open-access.net/ch_de/allgemeines/was_bedeutet_open_access/open_access_strategien/).

Bei solchen Texten ist die Qualitätssicherung nicht gewährleistet, vgl. KUHLEN, 458 FN 410. Die Open-Access-Repositorien sind bei OpenDOAR (<http://opendoar.org/index.html>) und im Registry of Open Access Repositories (<http://roar.eprints.org/>) aufgelistet.

<sup>397</sup> Forschende der Universität Zürich erfüllen diese Verpflichtung durch die Zurverfügungstellung ihrer Publikation im Zurich Open Repository and Archive (ZORA).

<sup>398</sup> Bei der Publikation in speziellen Open-Access-Zeitschriften spricht man vom Golden-Road-Ansatz. Dabei werden die Texte zur Qualitätssicherung entweder durch andere Wissenschaftler (sog. Peer Review) oder durch ein Editorial Board (sog. Editorial Review) in Bezug auf ihre Bedeutsamkeit und Veröffentlichungswürdigkeit bewertet, vgl. [http://open-access.net/ch\\_de/allgemeines/was\\_bedeutet\\_open\\_access/zeitschriften/#c405](http://open-access.net/ch_de/allgemeines/was_bedeutet_open_access/zeitschriften/#c405) sowie KUHLEN, 458. Die verschiedenen Open-Access-Zeitschriften werden im Directory of Open-Access-Journals aufgeführt, <http://www.doaj.org/>. Die Anzahl der im Directory of Open-Access-Journals aufgeführten Zeitschriften stieg von über 2500 im Jahr 2007 auf über 6500 Zeitschriften im Jahr 2012.

<sup>399</sup> So HILTY, GRUR Int. 2006, 182 m.w.N.; HILTY/SEEMANN, N 8; BALL, 418; siehe auch BECKEDAHN/LÜKE, 113 f.

<sup>400</sup> Vgl. PFLÜGER/ERTMANN, 439.

EU-Staaten finanziert werden, durch Open Access frei zugänglich zu machen<sup>401</sup>. Um diese Ziele zu erreichen, bezweckt Open Access einerseits die optimale Nutzung des Internets für die Wissensvermittlung zur Sicherung der Grundlagen der freien Forschung, womit die Förderung nach freiem Zugang zu Ergebnissen der durch öffentliche Gelder finanzierten Forschung verbunden ist; andererseits soll Open Access den freien Zugang zu wissenschaftlichem Wissen durch Archivierung auch langfristig sichern und so zur Sicherung des kulturellen Erbes beitragen<sup>402</sup>. Dabei werden aber weiterhin wichtige Mechanismen herkömmlicher wissenschaftlicher Veröffentlichungen, wie z.B. die Begutachtung durch Fachkollegien, beibehalten<sup>403</sup>.

Kritisiert wird das Open-Access-Prinzip insbesondere von den Verlagen, und zwar mit der Begründung, dass auf der Basis von Open Access keine tragfähigen Geschäftsmodelle möglich seien<sup>404</sup>. Die Herausforderung der Informationsgesellschaft liegt somit letztlich darin, Geschäfts- und Organisationsmodelle auf der Grundlage der Open-Access-Prinzipien zu entwickeln, sodass wirtschaftliches Handeln mit wissenschaftlichen Informationsobjekten weiterhin möglich bleibt<sup>405</sup>.

Wie bei Open Source sind die Grundprinzipien des Open-Access-Modells klar definiert<sup>406</sup>. So sind bezüglich Open-Access-Veröffentlichungen gemäss der „Berliner Erklärung“ zwei Voraussetzungen zu erfüllen<sup>407</sup>: Einerseits müssen die Urheber und Rechteinhaber allen Nutzern unwiderruflich alle abtretbaren Nutzungsrechte einräumen, inklusive der Befugnis, abgeleitete Werke herzustellen und zu verbreiten. Andererseits ist eine vollständige Fassung der Veröffentlichung in einem geeigneten elektronischen Standardformat in mindestens einem Online-

---

<sup>401</sup> Die Umstellung soll im Jahr 2014 beginnen, wobei bis 2016 etwa 60 Prozent der veröffentlichten Ergebnisse in Europa frei zugänglich sein sollen, vgl. die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 17.06.2012, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP%2F12%2F790&format=HTM%20L&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>.

<sup>402</sup> HILTY/SEEMANN, N 8 f.; siehe auch die Beschreibung der Ziele in der „Berliner Erklärung“, vgl. vorne FN 381.

<sup>403</sup> MOODY, 303.

<sup>404</sup> Vgl. KUHLEN, 413.

<sup>405</sup> Vgl. Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über wissenschaftliche Informationen im Digitalzeitalter: Zugang, Verbreitung und Bewahrung, Ratsdok. 5748/07; zu möglichen Open-Access-Publikationsmodellen siehe auch KUHLEN, 555 f. sowie HILTY/SEEMANN, N 15.

<sup>406</sup> Vgl. dazu die englische Fassung der „Berliner Erklärung“, abrufbar unter [http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlin\\_declaration.pdf](http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlin_declaration.pdf).

<sup>407</sup> Vgl. die Definition einer Veröffentlichung nach dem Prinzip des offenen Zugangs (Open Access-Veröffentlichung) in der „Berliner Erklärung“, siehe vorne FN 381.

Archiv zu hinterlegen, sodass der offene Zugang, die uneingeschränkte Verbreitung, die Interoperabilität und die langfristige Archivierung gewährleistet sind<sup>408</sup>.

Ein Zusammenhang zwischen Open Access und Open Content besteht insofern, als Open Access neben dem Zugang zu Informationsprodukten auch deren Nutzung für die Allgemeinheit frei halten will und so die ursprünglich bestehenden Nutzungsbeschränkungen beseitigt, was mit einer Open-Content-Lizenz durchgesetzt werden kann<sup>409</sup>. Open-Content-Lizenzen können somit als Mittel dienen, um das Ziel von Open Access zu verwirklichen<sup>410</sup>. Damit die Kriterien der „Berliner Erklärung“ erfüllt sind, muss es sich aber um eine Open-Content-Lizenz handeln, die sowohl die Vervielfältigung und Verbreitung als auch die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes zulässt<sup>411</sup>.

### 3.3. „Offene“ und „Freie“ Inhalten – ein Unterschied?

Anstelle der Bezeichnung Offene Inhalte für Open-Content-lizenzierte Werke ist als Synonym der Begriff Freie Inhalte (engl. *Free Content*) gebräuchlich<sup>412</sup>, wohl in Anlehnung an den Begriff Freie Software (engl. *Free Software*) als Synonym für quelloffene Software (engl. Open-Source-Software)<sup>413</sup>.

Im Zusammenhang mit der Bezeichnung Freie Software wird oft als Nachteil angeführt, dass durch die Verwendung des Wortes „frei“ der falsche Eindruck entstehen könne, Freie Software sei in jedem Fall auch kostenlos<sup>414</sup>. Doch auch wenn Open-Source-Software oftmals kostenlos erhältlich ist und die Erhebung von Lizenzgebühren für die Softwarenutzung und die Offenlegung des Quellcodes durch die meisten Lizenzen für Open-Source-Software untersagt werden, ist die kostenlose Weitergabe nicht zwingend<sup>415</sup>. Vielmehr kann ein Entgelt z.B. zur Deckung der Kosten des Werkexemplars oder als Gegenleistung für Servicefunktionen und weitere Dienstleistungen verlangt werden<sup>416</sup>. „Frei“ bedeutet somit nicht „kostenlos“, sondern bezieht sich vielmehr auf die Nutzungsfreiheit der Software, weshalb die *Free Soft-*

---

<sup>408</sup> Vgl. zum ganzen auch HILTY, GRUR Int. 2006, 184.

<sup>409</sup> KUHLEN, 471.

<sup>410</sup> ROSENKRANZ, 34; HILTY/SEEMANN, N 50; KUHLEN, 471.

<sup>411</sup> Vgl. Ziff. 1 der „Berliner Erklärung“ unter der Überschrift „Definition of an Open Access Contribution“, siehe vorne FN 381.

<sup>412</sup> Vgl. ROSENKRANZ, 22.

<sup>413</sup> Vgl. vorne 51 ff.

<sup>414</sup> Der Begriff der Freien Software wird insbesondere durch die *Free Software Foundation* verwendet, die den Begriff Open Source grundsätzlich ablehnt, vgl. hierzu STALLMAN, „Why Open Source misses the point of Free Software“, <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.en.html>.

<sup>415</sup> JAEGER/METZGER, OSS, N 3.

<sup>416</sup> SPINDLER, Rechtsfragen, Teil A N 3.

ware Foundation zum Verständnis des Konzepts der Freien Software auf den Vergleich „frei“ wie in „freier Rede“ und nicht wie in „Freibier“ hinweist<sup>417</sup>. Schliesslich droht bei der Verwendung der Bezeichnung Freie Software eine Verwechslung mit den ähnlichen Begriffen Freeware sowie Public Domain Software, die auf einem vom Open-Source-Gedanken abweichenden Konzept aufbauen<sup>418</sup>.

Die Problematik, dass Nutzer im Zusammenhang mit dem Begriff Free Content fälschlicherweise davon ausgehen könnten, der betreffende Lizenzgegenstand sei kostenlos erhältlich, ist aus dem Grund weniger akut als bei der Open-Source-Software, weil der Lizenzgeber eines Open-Content-lizenzierten Werks selten ein Entgelt für das Werkexemplar verlangen wird – insbesondere, wenn die Werkverbreitung ohnehin nur über das Internet erfolgt –, womit Open-Content-lizenzierte Werke in den allermeisten Fällen tatsächlich auch kostenlos erhältlich sind<sup>419</sup>. Die Gefahr der Bezeichnung Freie Inhalte wird aber darin gesehen, dass dadurch der Eindruck erweckt wird, es handle sich bei den betreffenden Inhalten um solche, an denen überhaupt kein Urheberrecht (mehr) besteht, was aber von den Open-Content-Lizenzen gerade nicht beabsichtigt wird; durch den Begriff Freie Inhalte würde somit eine Freiheit suggeriert, die als solche durch das Open-Content-Modell nicht angestrebt werde<sup>420</sup>.

Vergleicht man die Definition der *Free Software Foundation* (FSF)<sup>421</sup> mit der Definition der Open Source Initiative<sup>422</sup>, kommt man zu dem Schluss, dass sich diese inhaltlich weitgehend decken<sup>423</sup>. Der Unterschied zwischen den Begriffen Free Software und Open-Source-Software wird eher in den Werten gesehen, auf denen sie aufbauen und die sie vermitteln wollen. So wird Open Source als Entwicklungsmethodik, Freie Software hingegen als soziale Bewegung bezeichnet. Während die Open-Source-Philosophie zum Ziel hat, Software in praktischer Hinsicht „besser“ zu machen als proprietäre Software, versteht die Freie-Software-Bewegung es als ethische Verpflichtung, dass Software frei ist und somit die Freiheit der Nutzer respektiert wird<sup>424</sup>.

---

<sup>417</sup> Siehe <http://www.fsf.org/philosophy/free-sw.html>.

<sup>418</sup> SCHIFFNER, 5 f.; siehe auch SCHACK, Urheberrecht, N 611; vgl. zum ganzen ROSENKRANZ, 12 ff.

<sup>419</sup> Vgl. ROSENKRANZ, 22.

<sup>420</sup> Vgl. ROSENKRANZ, 22 sowie KREUTZER, 9.

<sup>421</sup> Definition abrufbar unter <http://www.fsf.org/licensing/essays/free-sw.html>.

<sup>422</sup> Definition abrufbar unter <http://opensource.org/docs/osd>.

<sup>423</sup> KREUTZER, 14 FN 4.

<sup>424</sup> Vgl. zum ganzen STALLMAN, „Why Open Source misses the point of Free Software“, <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.en.html>.



Auch die Begriffe Open Content und Freie Inhalte werden teilweise deckungsgleich verwendet<sup>425</sup>. Da aber bereits für den Begriff Open Content zwei unterschiedliche Definitionen bestehen<sup>426</sup>, resultieren daraus auch zwei verschiedene Bedeutungen für den Begriff Freie Inhalte: Einerseits jene gemäss der engeren Definition, die Inhalte nur dann als „offen“ bezeichnet, wenn diese bearbeitet und zu jedem beliebigen Zweck verwendet werden dürfen, andererseits jene gemäss dem weit gefassten Verständnis von Open Content, die sämtliche Inhalte unter diesen Begriff subsumiert, an denen die Allgemeinheit durch eine kostenlose Lizenz das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung erhalten hat<sup>427</sup>. Teilweise wird dieser Trennung aber auch nicht gefolgt. So versteht ROSENKRANZ offenbar den Begriff Offene Inhalte in einem weiten, die Bezeichnung Freie Inhalte hingegen in einem engen Sinn und bezeichnet deshalb Offene Inhalte, die nur zu einem nichtkommerziellen Zweck und/oder nur durch einen bestimmten Nutzerkreis genutzt werden dürfen, als „frei verfügbare Werke“, im Gegensatz zu Freien Inhalten, die einer unbeschränkten Nutzung zugänglich sind<sup>428</sup>.

#### 4. Fazit

Ob es sich bei Creative-Commons-lizenzierten Inhalten auch um Freie Inhalte handelt, ist davon abhängig, ob man diesen Begriff in einem engen oder in einem weiten Sinne versteht. Während im letzteren Fall sämtliche Creative-Commons-Lizenzen als Freie Lizenzen – und die damit lizenzierten Inhalte somit als Freie Inhalte – zu bezeichnen sind, gelten im ersteren Fall nur die Lizenzen als Freie Lizenzen, die das Recht zur Nutzung nicht auf nichtkommerzielle Zwecke einschränken und neben der Vervielfältigung und Verbreitung auch die Bearbeitung zulassen<sup>429</sup>.

Geht man wie vorliegend von der weiten Definition des Begriffs Open Content aus, werden weniger Anforderungen an den Inhalt der Lizenzen gestellt als vom Begriff Open Source. So gelten im Unterschied zu Open Source auch solche Lizenzen als Open-Content-Lizenzen,

---

<sup>425</sup> Vgl. KREUTZER, passim.

<sup>426</sup> Vgl. vorne 48 f.

<sup>427</sup> So verwendet z.B. KREUTZER den Begriff Freie Inhalten als Synonym für Offene Inhalte, wobei er unter letzteren sämtliche Inhalte versteht, die mindestens zu nichtkommerziellen Zwecken und in unveränderter Form kostenlos genutzt werden dürfen, KREUTZER, 14 f.

<sup>428</sup> ROSENKRANZ, 22.

<sup>429</sup> Es sind dies die Lizenzen *Namensnennung* und *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen*, vgl. hinten 64.

welche die Bearbeitung nicht erlauben und die Nutzung nur zu nichtkommerziellen Zwecken zulassen<sup>430</sup>.

Schliesslich kann durch den Einsatz von Open-Content-Lizenzen das Ziel von Open Access erreicht werden. Aufgrund der Anforderungen der „Berliner Erklärung“ sind dabei nur diejenigen Open-Content-Lizenzen einsetzbar, die neben der Vervielfältigung und Verbreitung des Lizenzgegenstandes auch dessen Bearbeitung zulassen<sup>431</sup>.

Der Erfolg der drei offenen Modelle Open Content, Open Source und Open Access basiert nicht zuletzt auf dem Netzwerkeffekt, der dazu führt, dass das Netz aus möglichen Interaktionen aufgrund der grossen Anzahl von Personen, die zu offenen Projekten beitragen und mit Hilfe eines schnellen Kommunikationsmittels wie dem Internet, schneller wächst als die Zahl der Beiträge<sup>432</sup>. Der offene Zugriff auf Inhalte und deren einfache Verbreitung soll jedoch nicht unkontrolliert möglich sein. Vielmehr soll durch Open-Source- und Open-Content-Lizenzen ein Instrument zur Verfügung gestellt werden, das eine klare Rechtsgrundlage schafft.

---

<sup>430</sup> Es sind dies die Lizenzen *Namensnennung* und *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen*, vgl. hinten 64.

<sup>431</sup> Es sind dies die Lizenzen *Namensnennung*, *Namensnennung-Nicht kommerziell*, *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* und *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* vgl. hinten 64.

<sup>432</sup> MOODY, 304 f.

## Teil IV Creative Commons

### 1. Organisation Creative Commons

Creative Commons ist eine im Jahr 2001 gegründete<sup>433</sup> und heute in Massachusetts registrierte gemeinnützige Organisation<sup>434</sup> mit Sitz in Mountain View, USA. Das Unternehmen setzt sich gegen die negativen Folgen ein, die aufgrund der stetigen Verschärfung des urheberrechtlichen Schutzes für die Möglichkeiten der Nutzung und des Austausches urheberrechtlich geschützter Inhalte befürchtet werden. Ausschlaggebend waren dabei die Gesetzgebungsentwicklungen in den USA durch den Digital Millennium Copyright Act (DMCA)<sup>435</sup> sowie die fortwährende Verlängerungen des Urheberrechtsschutzes und der Dauer verwandter Schutzrechte weltweit<sup>436</sup>. Creative Commons hat sich deshalb zum Ziel gesetzt, auf technischer sowie rechtlicher Ebene Instrumente für die Vereinfachung der Verbreitung und Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken und mittels verwandter Schutzrechte geschützten Leistungen im Rahmen des geltenden Urheberrechts zu entwickeln<sup>437</sup>.

Zu Beginn durch Spenden des *Center of the Study for the Public Domain*<sup>438</sup> und der *John D. und Catherine T. MacArthur Stiftung*<sup>439</sup> finanziert, wird der administrative Betrieb von Creative Commons heute durch internationales Fundraising sichergestellt<sup>440</sup>.

Unterstützt wird Creative Commons in vielen Ländern durch die sog. *Affiliates*. Dabei handelt es sich um nationale, von der US-amerikanischen Organisation Creative Commons organisa-

---

<sup>433</sup> Zu den Gründern gehören die Internetrechts- und Urheberrechtsexperten James Boyle, Michael Carroll, Eric Saltzman und Lawrence Lessig, der Computer Wissenschaftler Hal Abelson sowie der Verleger Eric Eldred.

<sup>434</sup> Es handelt sich dabei um eine sog. *charitable organization*, also um eine spezielle Form einer Non-Profit-Organisation nach amerikanischem Recht, vgl. <http://creativecommons.org/about>.

<sup>435</sup> Public Law No. 105–304, 112 Stat. 2860, [www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf](http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf).

<sup>436</sup> JAEGER/METZGER, MMR 2003, 432; vgl. als Beispiel die Bemühungen der europäischen Tonträgerindustrie, die Schutzfrist für Leistungsschutzrechte innerhalb der EU auf 95 Jahre zu verlängern, was einen entsprechenden Vorschlag der EU-Kommission zur Folge hatte, der sich nur einseitig auf die Interessen der Tonträgerindustrie stützt, siehe hierzu HILTY/KUR/KLASS/GEIGER/PEUKERT/DREXL/KATZENBERGER, 907 ff. Das Europäische Parlament kam der Forderung im Jahr 2009 teilweise nach und beschloss eine Verlängerung um 20 Jahre. Der EU-Rat nahm den entsprechenden Richtlinienentwurf im Jahr 2011 an, vgl. [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/intm/124570.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/124570.pdf); siehe auch BECKEDAHL/LÜKE, 119 f.

<sup>437</sup> Creative Commons formuliert das verfolgte Ziel wie folgt: „Creative Commons develops, supports, and stewards legal technical infrastructure that maximizes digital creativity, sharing, and innovation“, <http://creativecommons.org/about>.

<sup>438</sup> <http://www.law.duke.edu/cspd/>.

<sup>439</sup> <http://www.macfound.org>.

<sup>440</sup> <https://creativecommons.net/donate/>.

torisch unabhängige Repräsentanten von Creative Commons<sup>441</sup>. Je nach Land sind diese *Affiliates* unterschiedlich organisiert. Im Wesentlichen lassen sich drei Organisationsmodelle finden: Einige Creative-Commons-*Affiliates* erhalten Unterstützung durch die Regierung<sup>442</sup>, andere sind Teil von Universitäten oder werden durch diese unterstützt<sup>443</sup>, und schliesslich sind viele *Affiliates* privatrechtlich organisiert<sup>444</sup>, wobei sie teilweise durch Spenden gefördert werden, sich oft aber auch selbst finanzieren. Viele Mitglieder der Creative-Commons-*Affiliates* arbeiten zudem ehrenamtlich<sup>445</sup>.

## **2. Creative-Commons-Lizenzen**

### **2.1. Einführung**

Im Dezember 2002 veröffentlichte Creative Commons eine erste Version standardisierter urheberrechtlicher Lizenzen in englischer Sprache, die auf dem US-amerikanischen Copyright basierten und der Allgemeinheit kostenlos zur Verfügung gestellt wurden. In der Folge wurden im Rahmen des Projekts *International Commons (iCommons)* Übersetzungen der Lizenztexte und national angepasste Lizenzversionen entwickelt<sup>446</sup>. Unter anderem inspiriert durch die GNU General Public License (GNU GPL) der *Free Software Foundation*, arbeitete Creative Commons neben dem Entwurf des eigentlichen Lizenztextes sowie einer Kurzzusammenfassung für Laien ein Computerprogramm aus, das es Urhebern ermöglicht, durch die Beantwortung einiger Fragen eine Lizenz zu generieren, welche die gewünschten Nutzungen erlaubt<sup>447</sup>.

### **2.2. Grundgedanke und Ziel**

Durch das Creative-Commons-Lizenzsystem soll Rechteinhabern die ganze Bandbreite zwischen dem umfassenden klassischen Urheberrechtsschutz bis hin zum Public-Domain-Modell geöffnet und durch ein graduell abgestuftes Lizenzmodell nutzbar gemacht werden<sup>448</sup>. Dabei geht es nicht darum, dass Rechteinhaber in möglichst hohem Masse auf ihre Urheberrechte

---

<sup>441</sup> Für eine Übersicht zu den aktuellen *Affiliates* vgl. [http://wiki.creativecommons.org/CC\\_Affiliate\\_Network](http://wiki.creativecommons.org/CC_Affiliate_Network).

<sup>442</sup> Vgl. als Beispiel CC Katar, <http://www.creativecommons.qa/>.

<sup>443</sup> Vgl. als Beispiel CC Niederlande, <http://creativecommons.nl/>.

<sup>444</sup> So ist z.B. CC Schweiz Teil des Vereins Digitale Allmend, <http://www.creativecommons.ch/>.

<sup>445</sup> PHILAPITSCH, Creative Commons, 82.

<sup>446</sup> KREUTZER, 37.

<sup>447</sup> Vgl. zum ganzen <http://creativecommons.org/about/history>; zu den verschiedenen „Schichten“ der Lizenz vgl. hinten 65 f.

<sup>448</sup> PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 90.

verzichten und die Legitimität des Urheberrechts so letztlich in Frage gestellt wird<sup>449</sup>. Vielmehr gehen Befürworter davon aus, dass das dem geltenden Urheberrecht zugrunde liegende Belohnungssystem, das auf der Prämisse der Förderung der Werkschöpfung durch ein starkes Urheberrecht basiert, den heutigen Bedürfnissen der Urheber nicht mehr alleine gerecht wird<sup>450</sup>. Durch die Möglichkeit der Freigabe bestimmter Rechte bei einer Minimierung der Transaktionskosten soll Urhebern ein Instrument zur Verfügung gestellt werden, mit dem sie ihre Schöpfungen schnell und einfach einem grossen Publikum zugänglich und durch dieses nutzbar machen können. Der erleichterte Zugang und die Nutzungsmöglichkeit sollen wiederum Anreize dafür schaffen, auf der Basis schon vorhandener kreativer Leistungen Neues zu schöpfen. Zu diesen Zwecken wird bei der Entwicklung der Creative-Commons-Lizenzen insbesondere Wert auf einfache Verständlichkeit und Nutzbarkeit gelegt<sup>451</sup>.

### 2.3. Creative-Commons-Lizenzmodule

Das Creative-Commons-Lizenzsystem ist modular aufgebaut, wobei folgende Lizenzmodule zur Verfügung stehen:

Modul-Symbol	Abkürzung	Englische Bezeichnung	Deutsche Bezeichnung
	BY	Attribution	Namensnennung
	NC	Non Commercial	Nicht kommerziell
	ND	No Derivs	Keine Bearbeitung
	SA	Share Alike	Weitergabe unter gleichen Bedingungen

<sup>449</sup> Auch wenn ROSENKRANZ zustimmen ist, dass verschiedene Open-Content-Projekte de lege ferenda die Erneuerung der bestehenden Urheberrechtsordnung durchaus anstreben, vgl. ROSENKRANZ, 39 m.w.N.

<sup>450</sup> So auch ROSENKRANZ, 39; zur Kritik an der Anreiztheorie vgl. vorne 18 ff.

<sup>451</sup> Vgl. zum ganzen <http://creativecommons.org/about>.

Diese vier Lizenzmodule sind zum Teil miteinander kombinierbar, sodass die Lizenz den Bedürfnissen des jeweiligen Rechteinhabers angepasst werden kann. Der Rechteinhaber kann somit zwischen den folgenden sechs Lizenzen wählen, welche die Nutzung des betreffenden Werks in unterschiedlicher Ausgestaltung erlauben<sup>452</sup>:

Lizenz-Symbol	Abkürzung	Englische Bezeichnung	Deutsche Bezeichnung
	BY	Attribution	Namensnennung
	BY-NC	Attribution-NonCommercial	Namensnennung-Nicht kommerziell
	BY-NC-SA	Attribution-NonCommercial-ShareAlike	Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen
	BY-NC-ND	Attribution-NonCommercial-NoDerivs	Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung
	BY-ND	Attribution-NoDerivs	Namensnennung-Keine Bearbeitung
	BY-SA	Attribution-ShareAlike	Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen

Weitere Kombinationsmöglichkeiten gibt es nicht, da das Modul *Namensnennung* (BY) gemäss den Lizenzbestimmungen in jeder Lizenz enthalten sein muss<sup>453</sup>. Zudem ist die Wahl des Moduls *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* (SA) nur dann möglich, wenn auch die Bearbeitung des betreffenden Werkes erlaubt ist, zumal es aufgrund der Unzulässigkeit der Un-

<sup>452</sup> Vgl. <http://creativecommons.org/licenses/>.

<sup>453</sup> In der Version 1.0 bestand für den Rechteinhaber die Möglichkeit, auf die Namensnennung zu verzichten, vgl. z.B. den Lizenztext der Creative-Commons-Lizenz *Nicht kommerziell* 1.0 Lizenz, online abrufbar unter <http://creativecommons.org/licenses/nc/1.0/legalcode>. In der aktuellen Version 3.0 besteht diese Wahlmöglichkeit jedoch nicht mehr, sodass sämtliche Lizenzen die Pflicht zur Namensnennung enthalten.

terlizenzierung<sup>454</sup> dann keiner Verpflichtung zur Weitergabe zu den gleichen Bedingungen bedarf, wenn mangels Bearbeitungsrecht keine eigenen Rechte des Bearbeiters am bearbeiteten Lizenzgegenstand entstehen. Folglich schliessen sich die Module *Keine Bearbeitung* (ND) und *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* (SA) zwingend aus.

Will der Rechteinhaber sein Werk bzw. verwandtes Schutzrecht unter einer Creative-Commons-Lizenz so weit wie möglich freigeben, wählt er die Lizenz *Namensnennung* (BY). Dadurch erlaubt er den Nutzern, sein Werk bzw. verwandtes Schutzrecht sowohl zu kommerziellen als auch zu nichtkommerziellen Zwecken sowie in ursprünglicher als auch in abgeänderter Form weiterzuverbreiten. Er erlaubt den Nutzern zudem, den Lizenzgegenstand zu bearbeiten und die Bearbeitung weiterzuverbreiten<sup>455</sup>. Der Rechteinhaber hat mittels Auswahl weiterer Lizenzmodule aber auch die Möglichkeit, bestimmte Nutzungsarten nicht freizugeben. So kann er mit der Wahl der Module *Nicht kommerziell* (NC) sowie *Keine Bearbeitung* (ND) die Freigabe des Rechts zur kommerziellen Nutzung bzw. zur Bearbeitung verhindern. Die restriktivste Creative-Commons-Lizenz ist somit die Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung* (BY-NC-ND). Dadurch wird dem Nutzer die Weiterverbreitung der betreffenden schöpferischen Leistung bzw. des verwandten Schutzrechts lediglich unter Namensnennung, zu nichtkommerziellen Zwecken und unverändert erlaubt. Will der Rechteinhaber die Bearbeitung zwar erlauben, jedoch verhindern, dass eine Bearbeitung seines Werks bzw. verwandten Schutzrechts unter einer restriktiveren Lizenz verbreitet wird als die ursprüngliche schöpferische Leistung, kann er dem Lizenznehmer mit dem Lizenzmodul *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* (SA) die Verbreitung der Bearbeitung unter einer strengeren Lizenz verbieten.

## 2.4.        **Drei Formate des Lizenztextes**

Ausgangspunkt der Creative-Commons-Lizenzen ist der rechtlich verbindliche Creative-Commons-Lizenztext (engl.: *Legal Code* bzw. *Lawyer Readable License*), der die Lizenzbedingungen in juristischer Sprache wiedergibt. Um die Lizenzen für juristische Laien einfach und verständlich zu gestalten, existiert neben dem *Legal Code* eine für die Nutzer leicht verständliche Laienversion (engl.: *Commons Deed* bzw. *Human Readable License*), die dem Nutzer im Sinne einer Kurzzusammenfassung vermitteln soll, unter welchen Bedingungen er zu welchen Nutzungen des Lizenzgegenstandes berechtigt ist<sup>456</sup>. Generiert der Rechteinhaber

---

<sup>454</sup> Vgl. hinten 123.

<sup>455</sup> Zu den Einschränkungen bei der Weiterverbreitung vgl. hinten 131 ff.

<sup>456</sup> Zur *Commons Deed* vgl. hinten 176 ff.

die Lizenz mittels des im Internet zur Verfügung gestellten Lizenzgenerators, kann er zusätzlich Metadaten zum Werk erfassen, die zusammen mit der Lizenzinformation in das Werk integriert werden können<sup>457</sup>. Dazu entwickelte Creative Commons die *CC Rights Expression Language (CC REL)*, die es ermöglicht, eine Version der Lizenz zu erstellen, die von Softwaresystemen, Suchmaschinen und weiteren Technologien verstanden werden kann<sup>458</sup>. Die zu integrierenden Metadaten sind für Websites html/xml/rdf und für PDF-Dokumente XMP codiert und ergeben bei der Integration in das entsprechende Dokument einen Hinweis auf die Creative-Commons-Lizenz in der Form des Creative-Commons-Logos sowie einen Hyperlink auf den Lizenztext<sup>459</sup>.

Dieses, neben dem *Legal Code* und der *Commons Deed* dritte Format des Lizenztextes, wird als *Digital Code* (bzw. *Machine Readable License*) bezeichnet. Durch die Verlinkung mit der *Commons Deed* und der Vollversion des Lizenztextes können sich Nutzer mit einem Klick darüber informieren, welche Nutzungen des Lizenzgegenstandes erlaubt sind. Durch diesen dreischichtigen Aufbau soll die rechtliche Gültigkeit der Lizenzen sichergestellt sowie erreicht werden, dass die Lizenzen von den Urhebern, den Nutzern und, mittels der Metadaten, auch vom Internet selbst verstanden werden.

Rechtlich verbindlich ist nur der *Legal Code*, also die Vollversion des Lizenztextes. Die Analyse dieser Bestimmungen bildet deshalb den Hauptteil des nachfolgenden Teils V der vorliegenden Arbeit. Die *Commons Deed* wird von Creative Commons zwar als rechtlich unverbindlich bezeichnet<sup>460</sup>, trotzdem kommt ihr im Hinblick auf die Einbeziehung der Creative-Commons-Bestimmungen ins Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien eine gewisse Bedeutung zu, auf die später noch eingegangen wird<sup>461</sup>.

## 2.5. Weiterentwicklung der Lizenzen

Seit 2002 werden die Creative-Commons-Lizenzen laufend weiterentwickelt. Im Mai 2004 erschien die Version 2.0, im Juni 2005 die Version 2.5. Mit der Version 3.0, die im Jahr 2008 publiziert wurde, folgte die Einführung der sog. „unportierten Lizenz“ (engl. *Unported License*).

---

<sup>457</sup> <http://creativecommons.org/license/>.

<sup>458</sup> <http://creativecommons.org/licenses/>; eingehend zur *CC REL* ABELSON/ADIDA/LINKSVAYER/YERGLER, 149 ff.

<sup>459</sup> BRÜNING/KUHLEN, 461.

<sup>460</sup> <http://creativecommons.org/licenses/>.

<sup>461</sup> Vgl. hinten 176 ff.



se)<sup>462</sup>, sodass die Grundform der Standard-Lizenzen, die als Vorlage für die nationalen Portierungen dienen soll, in einer generischen, national neutralen Form vorliegt<sup>463</sup>. Allerdings orientiert sich auch die unportierte Lizenz stark am U.S. Copyright Act und weiterem US-amerikanischem Recht<sup>464</sup>.

Weitere Ziele des Wechsels zur Version 3.0 waren die Einführung einer Regelung betreffend die Urheberpersönlichkeitsrechte sowie einer Bestimmung bezüglich der Abgaben an die Verwertungsgesellschaften. Zudem sollte die Version 3.0 gewährleisten, dass zumindest eine der Creative-Commons-Lizenzen (*Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0*) mit anderen Open-Content-Lizenzen kompatibel ist. Schliesslich stand Creative Commons bei der Ausarbeitung der Version 3.0 in engem Kontakt mit *Debian*<sup>465</sup> und dem *Massachusetts Institute of Technology (MIT)*, um eine möglichst breite Akzeptanz der Lizenzen in diesen Kreisen zu gewährleisten<sup>466</sup>.

Anlässlich des globalen Meetings von Creative Commons im September 2011 in Warschau, an dem neben Vertretern der Creative-Commons-Organisation auch Mitglieder der nationalen Creative-Commons-Affiliates sowie weiterer, in den Entwicklungsprozess der Lizenzen involvierten Organisationen teilnahmen, wurde die Diskussion betreffend die Version 4.0 aufgenommen. Im April und August 2012 stellte Creative Commons Entwürfe dieser neuen Version online und gab sie zur Diskussion frei<sup>467</sup>. Mit der Veröffentlichung der definitiven Version 4.0 ist im Laufe des Jahres 2013 zu rechnen. Die Creative-Commons-Organisation erachtet eine neue Version deshalb als nötig, weil die Version 3.0 verschiedene Fragen ausklammert, deren Regelung sich in den letzten Jahren als notwendig herausgestellt hat. Einer der wichtigen Punkte ist dabei die Regelung von Datenbankrechten<sup>468</sup>.

---

<sup>462</sup> Bei den unportierten Lizenzen handelt es sich um eine Ausgabe der Creative-Commons-Lizenzen, deren Terminologie und Regelungsinhalte sich nicht an einer bestimmten Jurisdiktion orientieren. Vielmehr basieren die unportierten Lizenztexte auf verschiedenen internationalen Urheberrechtsverträgen, vgl. <http://creativecommons.com/faq>.

<sup>463</sup> PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 91; vgl. auch <http://creativecommons.org/weblog/entry/7249>.

<sup>464</sup> HIETANEN, 65.

<sup>465</sup> *Debian* ist eine Organisation, die sich für die Entwicklung Freier Software und die Verbreitung des Gedankenguts der Freien-Software-Gemeinschaft einsetzt. Zu diesem Zweck hat *Debian* u.a. die Richtlinien für Freie Software (*Debian Free Software Guidelines*; DFSG) veröffentlicht, vgl. <http://www.debian.org/releases/stable/s390/ch01s01.html.de>.

<sup>466</sup> Vgl. zum ganzen [http://wiki.creativecommons.org/Version\\_3](http://wiki.creativecommons.org/Version_3); für eine Zusammenfassung der wichtigsten Neuerungen siehe <http://creativecommons.org/weblog/entry/7249>.

<sup>467</sup> [http://wiki.creativecommons.org/4.0\\_Drafts](http://wiki.creativecommons.org/4.0_Drafts); der zweite Entwurf zur Version 4.0 ist im Anhang B abgedruckt.

<sup>468</sup> Zu den geplanten Neuerungen vgl. <http://wiki.creativecommons.org/4.0>.

Die unportierte Version 3.0 sowie sämtliche nationalen Lizenzen der Version 3.0 jener Jurisdiktionen, die keine Sui-generis-Datenbankrechte kennen (so auch die Schweizer Version 3.0), enthalten auch keine diesbezügliche Regelung. In den übrigen Jurisdiktionen erfolgt die Lizenzierung der Datenbankrechte zusammen mit dem Urheberrecht, allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Datenbankrechte dann nicht von der Lizenz erfasst sind, wenn am zu lizenzierenden Inhalt lediglich Sui-generis-Datenbankrechte bestehen, dieser aber im Übrigen kein urheberrechtlich geschütztes Werk darstellt<sup>469</sup>.

Ein Kritikpunkt an dieser Regelung ist die unterschiedliche Behandlung der Sui-generis-Datenbankrechte in den verschiedenen Jurisdiktionen. Als problematisch erscheint insbesondere die Konstellation, in der ein Lizenzgeber aus einer Jurisdiktion mit Datenbankrechten ein Werk unter eine unportierte Lizenz bzw. unter eine Lizenz einer Jurisdiktion ohne Datenbankrechte stellt. In diesem Fall würden die Datenbankrechte mangels Nennung in der gewählten Lizenz nicht lizenziert und ein Lizenznehmer müsste eine weitere Erlaubnis des Lizenzgebers einholen, um das Werk entsprechend nutzen zu können. Das Gleiche gilt nach der hier vertretenen Ansicht auch dann, wenn ein Lizenzgeber aus einer Jurisdiktion, die keine Sui-generis-Datenbankrechte kennt, sein Werk mittels einer Creative-Commons-Lizenz aus seiner Jurisdiktion lizenziert, das Werk aber auch in anderen Ländern verbreitet. Auch in diesem Fall werden die Datenbankrechte in der Lizenz nicht genannt und deshalb auch nicht lizenziert. Überdies haben einige potentielle Nutzer von Creative-Commons-Lizenzen wie z.B. die englische Regierung darüber informiert, dass sie nicht bereit sind, Creative-Commons-Lizenzen zu verwenden, solange keine Lizenzierung der Sui-generis-Datenbankrechte zusammen mit dem Urheberrecht stattfindet<sup>470</sup>. Aus diesem Grund enthält der Entwurf der Version 4.0 der Creative-Commons-Lizenzen einen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass in sämtlichen Jurisdiktionen, in denen Sui-generis-Datenbankrechte bestehen, diese zusammen mit dem Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten lizenziert werden<sup>471</sup>.

---

<sup>469</sup> Vgl. z.B. Ziffer 4c der deutschen Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung* (BY), <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/de/legalcode>

<sup>470</sup> Vgl. zur Kritik an der Regelung der Datenbankrechte in der Version 3.0, [http://wiki.creativecommons.org/4.0/license\\_subject\\_matter](http://wiki.creativecommons.org/4.0/license_subject_matter).

<sup>471</sup> Vgl. Section 1 lit. c i.V.m. Section 2 lit. a Abs. 2 des im Anhang B abgedruckten Entwurfs der Version 4.0.

## **2.6. Notwendigkeit der Anpassung an nationale Rechtsordnungen?**

### **2.6.1. Modell der Portierung**

Um die grösstmögliche Kompatibilität der Lizenztexte mit den Rechtsordnungen der einzelnen Länder zu erreichen, hat sich die Creative-Commons-Organisation dafür entschieden, die auf der Grundlage des US-amerikanischen Urheber- bzw. Urhebervertragsrechts basierenden Creative-Commons-Lizenzen von Urheberrechtsexperten verschiedener Nationen an das Recht des jeweiligen Staates anpassen zu lassen (sog. Portierung), wobei diese Portierung neben einer Übersetzung aus dem Englischen auch eine Anpassung an das nationale Urheber- bzw. Urhebervertragsrecht umfasste; das Ziel bestand darin, die Kernelemente der jeweiligen Lizenz möglichst beizubehalten und nur die für die Vereinbarkeit mit dem nationalen Recht nötigen Abänderungen vorzunehmen<sup>472</sup>.

### **2.6.2. Prozess der Portierung**

Bis anhin koordinierte und überwachte Creative Commons die nationalen Portierungen, um einen gewissen Qualitätsstandard der jeweiligen landesbezogenen Creative-Commons-Lizenzen zu gewährleisten. Für den Portierungsprozess beauftragte Creative Commons Personen mit der Adaptierung der Lizenzen und ernannte jeweils einen *Legal* und einen *Public Lead*. Nachdem ein nationales Team eine Vereinbarung für die Zusammenarbeit<sup>473</sup> unterschrieben hatte, mittels derer sich die Mitglieder mit bestimmten Richtlinien und Erwartungen im Zusammenhang mit der Anpassung der Creative-Commons-Lizenzen einverstanden erklärten, arbeitete der *Legal Lead* einen ersten Entwurf der portierten Lizenzen aus und legte diesen Creative Commons zur Überprüfung vor. Auf diesen ersten Entwurf folgte eine öffentliche Diskussion und im Anschluss daran ein zweiter Entwurf durch den *Legal Lead*. Nach der Gutheissung durch Creative Commons konnte die betreffende nationale Version der Lizenzen nach den nötigen technischen Anpassungen veröffentlicht werden. Waren aufgrund von Änderungen der Creative-Commons-Lizenzen Anpassungen notwendig, wurden diese von den jeweiligen nationalen Teams vorgenommen und durch Creative Commons erneut überprüft, bevor die Veröffentlichung der Lizenzen erfolgte<sup>474</sup>.

---

<sup>472</sup> PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 91.

<sup>473</sup> Sog. Memorandum of Understanding, vgl. <http://wiki.creativecommons.org/MOU>.

<sup>474</sup> Zum beschriebenen Ablauf der Portierung vgl. <http://wiki.creativecommons.org/Affiliates>.

Die erste portierte Version in der Schweiz war die Version 2.5, welche der Verein Openlaw<sup>475</sup> ans Schweizer Recht anpasste. Im Jahr 2008 übernahm der Verein Digitale Allmend<sup>476</sup> die Repräsentation von Creative Commons in der Schweiz<sup>477</sup>. Bei der Digitalen Allmend handelt es sich um einen privatrechtlichen Verein, der sich primär durch Mitgliederbeiträge und Spenden finanziert. Die Mitarbeiter des Creative-Commons-Teams arbeiten ehrenamtlich. Anfang des Jahres 2012 wurde die Version 3.0 der Schweizer Creative-Commons-Lizenzen veröffentlicht<sup>478</sup>, die den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet und im Anhang A abgedruckt ist.

### **2.6.3. Vor- und Nachteile einer Anpassung an nationales Recht**

Die Anpassung der Creative-Commons-Lizenzen an die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen hat verschiedene Gründe. Zum einen soll sichergestellt werden, dass den Lizenzen weltweit dieselbe Wirkung in Bezug auf das Urheberrecht zukommt, zum anderen soll die Durchsetzbarkeit in den einzelnen Rechtsordnungen ermöglicht werden. Zudem geht man davon aus, dass die Anpassung an die nationalen Rechtsordnungen die Nutzerfreundlichkeit erhöht und die Lizenzen somit mehr Verwendung finden. Des Weiteren hat die Portierung auch einen gewissen „Community-Effekt“, zumal die Anpassung voraussetzt, dass in jeder Rechtsordnung eine Gruppe die Aufgabe der Portierung übernimmt. Dies führt zu einer mehr oder weniger grossen Creative-Commons-Community in den einzelnen Ländern. Schliesslich erhöht die Auseinandersetzung mit den Lizenzen das Verständnis der Lizenzbedingungen und ihrer Entwicklung innerhalb der nationalen Creative-Commons-Affiliates.

Die Portierung und die Überprüfung des Ergebnisses durch Creative Commons sind allerdings sehr aufwändig und führen oftmals zu Verständigungsproblemen, zumal sich insbesondere mit dem kontinentaleuropäischen *Civil law* und dem anglo-amerikanischen *Case law* zwei grundlegend unterschiedliche Rechtssysteme gegenüberstehen. Durch die Anpassung an die verschiedenen Rechtsordnungen existieren zudem etliche Creative-Commons-Lizenzversionen nebeneinander. Jede dieser einzelnen, an das jeweilige Rechtssystem angepassten Lizenzen ist eine eigenständige Lizenz<sup>479</sup>. Die Lizenzen sind untereinander auch nicht austauschbar, d.h. ein amerikanisches Gericht, das die Verletzung einer schwedischen Creative-Commons-Lizenz zu beurteilen hat, kann nicht die entsprechende amerikanische Creative-

---

<sup>475</sup> <http://www.openlaw.ch/>.

<sup>476</sup> <http://wiki.allmend.ch/index.php>.

<sup>477</sup> Vgl. <http://www.creativecommons.ch/blog?start=20>, Beitrag vom 15.04.2008.

<sup>478</sup> <http://www.creativecommons.ch/2012/04/lizenzen-3-0-sind-im-schweizer-recht-verfuegbar/>.

<sup>479</sup> HIETANEN, 64.

Commons-Lizenz als Grundlage heranziehen<sup>480</sup>. Die Problematik der verschiedenen, parallel existierenden nationalen Lizenzen wird dadurch akzentuiert, dass die Rechtswahlklausel beim Wechsel von Version 2.5 auf 3.0 gestrichen wurde. Wie noch aufgezeigt wird<sup>481</sup>, kann dadurch nicht mehr gewährleistet werden, dass auf eine bestimmte nationale Lizenz auch das Recht zur Anwendung kommt, an das die betreffende Lizenz angepasst wurde. Somit besteht die Gefahr der Ungültigkeit einzelner Klauseln oder gar der gesamten Lizenz<sup>482</sup>, womit die Notwendigkeit bzw. der Nutzen der Portierung nach der hier vertretenen Meinung fraglich erscheint.

Im Rahmen der Ausarbeitung der Version 4.0 der Creative-Commons-Lizenzen wird denn auch darüber diskutiert, die Portierung der Lizenzen in andere Rechtsordnungen fallen zu lassen. Die Vorteile werden vor allem darin gesehen, dass das Problem der Unvereinbarkeit zwischen den verschiedenen nationalen Lizenzen so eliminiert werden könnte. Zudem würde Creative Commons bei der Entwicklung eines einzigen, weltweit gültigen Vertragstextes pro Lizenz nicht darum herumkommen, in Bezug auf spezifische Fragen, die sich aus dem Urheberrecht in einzelnen Ländern oder Gebieten ergeben, eine klare Position zu beziehen. Schliesslich würde eine einzige Creative-Commons-Lizenzversion sämtliche Jurisdiktionen abdecken und nicht wie bisher nur die Rechtsordnungen, welche eine Anpassung der Lizenzen vorgenommen haben<sup>483</sup>.

Dass eine nicht portierte Lizenz von den Nutzern durchaus verwendet wird und auch vor Gericht durchsetzbar ist, zeigt die Erfahrung mit anderen offenen Lizenzen, insbesondere mit Open-Source-Lizenzen wie der GNU General Public License. Zudem wählen Nutzer von Creative-Commons-Lizenzen bereits heute oftmals die unportierte Lizenz. Dies ist wohl zum einen damit zu begründen, dass der unportierten Lizenz international eine bessere Durchsetzbarkeit zugestanden wird, zum anderen wählen Nutzer aus Jurisdiktionen, die (noch) keine Anpassung der Creative-Commons-Lizenzen vorgenommen haben, eher die unportierte Lizenz als eine andere nationale Lizenz. Die Erfahrungen mit den unportierten Creative-Commons-Lizenzen zeigen ausserdem, dass diese auch von Gerichten ausserhalb der USA als rechtlich durchsetzbar beurteilt werden<sup>484</sup>. Ob dies auch in der Schweiz der Fall sein wird, kann man bis zum Vorliegen entsprechender Entscheide freilich nicht mit Sicherheit sagen.

---

<sup>480</sup> HIETANEN, 64 f.

<sup>481</sup> Vgl. hinten 220 ff.

<sup>482</sup> Vgl. hierzu auch KREUTZER, 38.

<sup>483</sup> Zu den Gründen für eine Abkehr von der Portierung vgl. <http://wiki.creativecommons.org/4.0>.

<sup>484</sup> So beurteilte das LG Berlin im Jahr 2010 eine *Creative Commons Attribution – ShareAlike 3.0 Unported License* als gültig, LG Berlin, 08.10.2010, Az. 16 O 458/10, MMR 2011, 763; vgl. zudem hinten 221 ff.

Auch darüber, welche Auswirkungen eine Abkehr von der Portierung auf die Nutzung und Akzeptanz der Creative-Commons-Lizenzen in der Bevölkerung haben wird, kann nur spekuliert werden. Die grosse Herausforderung wird wohl darin bestehen, einen international gültigen, allgemein akzeptierten Lizenztext zu entwerfen, der die Besonderheiten sämtlicher existierender Urheberrechtsgesetzgebungen sowie allfällige vertragsrechtliche Besonderheiten berücksichtigt. Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere bei der Regelung zukünftiger sowie unverzichtbarer Rechte, der Urheberpersönlichkeitsrechte, der Haftungsbeschränkungen sowie der Beziehung mit Verwertungsgesellschaften.

## **2.7.           Stellungnahme**

Eine eingehende Regelung der Sui-generis-Datenbankrechte ist im Hinblick auf eine bessere internationale Akzeptanz der Lizenzen sicherlich wünschenswert. Auch Verbesserungen, die zu einer häufigeren Nutzung der Creative-Commons-Lizenzen durch staatliche sowie internationale Organisationen führen, sind begrüssenswert. Insofern ist der Weiterentwicklung der Creative-Commons-Lizenzen mittels einer Version 4.0 zuzustimmen. Ob der Mechanismus der Portierung der Creative-Commons-Lizenzen in nationales Recht beibehalten werden sollte, hängt davon ab, ob eine konsensfähige internationale Version erarbeitet werden kann, deren Durchsetzung vor den staatlichen Gerichten gesichert ist. Eine weitere, für die breite Akzeptanz und Durchsetzbarkeit der Lizenzen relevante Frage ist zudem das Festhalten an der Übersetzung der Lizenzbestimmungen. Wird die Übersetzung der Lizenzen trotz fehlender Portierung beibehalten, stellt sich die Frage der Relevanz des übersetzten Textes bei der Eruiierung des Parteiwillens, womit der Übersetzung in bestimmten Fällen unter Umständen eine rechtliche Wirkung zukommen kann<sup>485</sup>.

## **3.               Creative-Commons-Lizenzen als Open-Content-Lizenzen**

Wie bereits dargelegt, wird der Begriff Open Content in der vorliegenden Arbeit in einem weiten Sinn verstanden, sodass sämtliche Creative-Commons-Lizenzen darunter subsumiert werden können<sup>486</sup>. Um für den Nutzer ersichtlich zu machen, welche der Creative-Commons-Lizenzen sowohl nach der weiten, als auch nach der engen Definition von Open Content<sup>487</sup> als offene Lizenzen bezeichnet werden, sind die Überschriften der Lizenzen *Namensnennung* und *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* sowohl bei der *Deed* als auch beim

---

<sup>485</sup> Vgl. hierzu hinten 177.

<sup>486</sup> Zur Kritik dieses weiten Verständnisses von Open Content vgl. vorne 49.

<sup>487</sup> Vgl. zur Definition von Open Content vorne 48 ff.

rechtlich verbindlichen Lizenztext im Internet grün hinterlegt<sup>488</sup>. Bei den übrigen Lizenzen, bei denen keine Einigkeit über deren Zugehörigkeit zu den offenen Lizenzen besteht, erscheinen diese Bereiche hingegen gelb<sup>489</sup>.

Die Creative-Commons-Lizenzen *Namensnennung* und *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* sind nach Meinung von Creative Commons auch mit den von *Debian* entworfenen Richtlinien betreffend Freie Software (DFSG)<sup>490</sup> kompatibel<sup>491</sup>. *Debian* sah jedoch Probleme aufgrund der Verbotsklausel hinsichtlich der Anwendung technischer Massnahmen, wonach der Nutzer den Lizenzgegenstand nicht mit technischen Schutzmassnahmen versehen darf, die weiteren Nutzern des Lizenzgegenstandes in der Ausübung ihrer durch die betreffende Lizenz gewährten Rechte behindern könnten<sup>492</sup>. Diese Bestimmung hat zur Folge, dass Creative-Commons-lizenzierte Inhalte nicht in durch technische Massnahmen geschützte Systeme integrierbar sind, ausser der Rechteinhaber erlaubt eine solche Integration. Nach Meinung von *Debian* verstossen sämtliche Creative-Commons-Lizenzen deshalb gegen Ziffer 1 DFSG, weil der Lizenznehmer daran gehindert wird, den Lizenzgegenstand in einem Format seiner Wahl weiterzuverbreiten. Bei der Diskussion rund um die Version 3.0 der Creative-Commons-Lizenzen wurde deshalb die Einführung einer sog. Parallel-Distributions-Klausel diskutiert, die es dem Lizenznehmer erlauben würde, technische Schutzmassnahmen auf den Lizenzgegenstand anzuwenden, wenn er gleichzeitig eine nicht durch technische Schutzmassnahmen geschützte Version des Lizenzgegenstandes veröffentlicht. Dieser Vorschlag fand in der Creative-Commons-Gemeinschaft bisher jedoch keinen Anklang<sup>493</sup>.

---

<sup>488</sup> Vgl. z.B. die Schweizer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung*, <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/ch/>.

<sup>489</sup> Vgl. zum Beispiel die Schweizer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Keine Bearbeitung*, <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/ch/>.

<sup>490</sup> Abrufbar unter [http://www.debian.org/social\\_contract#guidelines](http://www.debian.org/social_contract#guidelines).

<sup>491</sup> Vgl. [http://wiki.creativecommons.org/Version\\_3](http://wiki.creativecommons.org/Version_3).

<sup>492</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a Abs. 5 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>493</sup> Vgl. zum ganzen [http://wiki.creativecommons.org/Version\\_3](http://wiki.creativecommons.org/Version_3).

## **Teil V      Creative-Commons-Lizenzen im Schweizer Recht**

Nachdem in Teil II die unbefriedigende urheberrechtliche sowie urheberrechtspolitische Ausgangslage dargelegt und darauffolgend in den Teilen III und IV alternative Verbreitungsmöglichkeiten mittels offener Modelle vorgestellt wurden, gilt es nun, die im vorstehenden Teil IV erläuterten Creative-Commons-Lizenzen einer genaueren rechtlichen Betrachtung zu unterziehen. Dabei steht deren Gültigkeit und Durchsetzbarkeit nach Schweizer Recht im Zentrum der Beurteilung. In diesem Zusammenhang stellen sich sowohl urheberrechtliche als auch vertragsrechtliche Fragen. Nachfolgend wird zuerst auf die relevanten urheberrechtlichen Grundlagen eingegangen, in einem zweiten Schritt erfolgt dann eine nähere Betrachtung der vertragsrechtlichen Fragestellungen. Im Rahmen eines Exkurs soll zudem die Rechtsnatur der Creative-Commons-Lizenzen im US-amerikanischen Recht kurz beleuchtet werden.

### **1.            Urheberrechtliche Grundlagen**

#### **1.1.        Urheberrechtlich geschütztes Werk**

##### **1.1.1.     Zum Werkbegriff**

Wie noch aufgezeigt wird<sup>494</sup>, können neben verwandten Schutzrechten nur Rechte an Inhalten Gegenstand einer Creative-Commons-Lizenz sein, die urheberrechtlich geschützt sind und somit als Werk i.S.d. Urheberrechts gelten<sup>495</sup>. Ein Werk i.S.d. Urheberrechts ist jede geistige Schöpfung der Literatur und Kunst mit individuellem Charakter<sup>496</sup>. Die Aufzählung in Art. 2 Abs. 2 URG listet einige Werkkategorien auf, umfasst jedoch aufgrund ihres nicht abschliessenden Charakters keineswegs sämtliche möglichen Werkarten<sup>497</sup>. Weil das Kriterium der Zugehörigkeit zur Literatur und/oder Kunst zudem sehr weit ausgelegt wird<sup>498</sup> und ein Werk im Zweifelsfall als der Literatur und/oder Kunst zugehörig zu betrachten ist, stellt sich im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung nur selten die Frage, ob der zu lizenzierende Inhalt überhaupt als Literatur und/oder Kunst gilt.

---

<sup>494</sup> Vgl. hinten 125.

<sup>495</sup> Zur Problematik der Lizenzierung von nicht bzw. nicht mehr geschützten Inhalten vgl. hinten 125.

<sup>496</sup> Art. 2 Abs. 1 URG.

<sup>497</sup> Botschaft URG 1989, 521; BARRELET/EGLOFF, N 12 zu Art. 2; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 41 zu Art. 2; DESSEMONTET, Droit d'auteur, N 44; HILTY, Urheberrecht, N 97; REHBINDER/VIGANÒ, N 5 zu Art. 2; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 78.

<sup>498</sup> HILTY, Urheberrecht, N 96; vgl. auch VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 73 ff.; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 10 f. zu Art. 2.



„Geistig“ ist eine Schöpfung dann, wenn sie auf menschlichem Willen beruht und Ausdruck einer Gedankenäusserung in Form einer sinnlich wahrnehmbar gemachten Objektivierung darstellt<sup>499</sup>. Eine „Schöpfung“ liegt in der urheberrechtlichen Terminologie vor, wenn etwas Neues geschaffen wird<sup>500</sup>. Strittig ist, ob der Begriff der Neuheit in einem subjektiven Sinn zu verstehen ist, womit als neu gilt, was der Urheber zum Schöpfungszeitpunkt nicht kannte, oder aber objektiv, womit nur neu ist, was nicht bereits existiert<sup>501</sup>.

Neuheit allein – ob nun im subjektiven oder objektiven Sinne – reicht allerdings noch nicht aus, damit die Voraussetzungen für das Vorliegen eines urheberrechtlich geschützten Werks gegeben sind. Vielmehr muss die geistige Schöpfung zusätzlich einen „individuellen Charakter“ aufweisen. Bis heute ist ungeklärt, nach welchen Kriterien dies zu beurteilen ist<sup>502</sup>. Es soll an dieser Stelle nicht detailliert auf die Diskussion um den urheberrechtlichen Werkbegriff eingegangen werden. Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass nicht jede geistige Schöpfung urheberrechtlich geschützt ist. Vielmehr bedarf es einer bestimmten Gestaltungshöhe, selbst wenn nicht ausser Acht zu lassen ist, dass die Praxis an die Voraussetzungen des Werkbegriffs und insbesondere auch an das Vorliegen des individuellen Charakters keine hohen Anforderungen stellt<sup>503</sup>. Für die Creative-Commons-Lizenzen folgt daraus, dass nicht jeder, von einem Menschen neu geschaffene Inhalt Gegenstand einer Creative-Commons-Lizenz sein kann. Es ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob die geforderte Schöpfungshöhe auch tatsächlich erreicht ist<sup>504</sup>.

---

<sup>499</sup> HILTY, Urheberrecht, N 83; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 65; vgl. auch BGE 130 III 168, E 4.5 sowie CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 9 zu Art. 2.

<sup>500</sup> BARRELET/EGLOFF, N 6 zu Art. 2; HILTY, Urheberrecht, N 85; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 9 zu Art. 2.

<sup>501</sup> Subjektive Neuheit befürwortend BGE 125 III 328, E. 4b; A. TROLLER, IGR I, 368 f.; BARRELET/EGLOFF, N 6 zu Art. 2; a.M. HILTY, Urheberrecht, N 85.

<sup>502</sup> Vgl. die alte bundesgerichtliche Rechtsprechung, die nur dann von einem schützbaeren Werk ausging, wenn dieses „den Stempel einer originellen und von der Individualität des Urhebers geprägten schöpferischen Tätigkeit trägt“, BGE 110 IV 102, E. 2; BGE 105 II 297, E. 3. Die neuere Rechtsprechung geht hingegen von einem objektiven Individualitätsbegriff aus, wonach der individuelle Charakter im Werk selbst gesucht werden muss, vgl. BGE 130 III 168, E. 4.4. Vgl. zum ganzen auch CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 15 ff. zu Art. 2; zum Kriterium des individuellen Charakters vgl. überdies BARRELET/EGLOFF, N 8 zu Art. 2; HILTY, Urheberrecht, N 91 ff.; REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 2; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 76; von BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 70 ff.; MIJATOVIC, 435 ff.

<sup>503</sup> Vgl. BGE 59 II 401, E. 1; HILTY, Urheberrecht, N 93; REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 2.

<sup>504</sup> Zu den sich im Zusammenhang mit abweichenden Schutzvoraussetzungen im Ausland stellenden Fragen vgl. hinten 126.

### 1.1.2. Problematische Werkqualifizierungen im Zusammenhang mit Creative Commons

Aufgrund der vielfältigen Werkarten, die mittels Creative-Commons-Lizenzen in der Praxis lizenziert werden, soll vorliegend auf einzelne Fragen in diesem Zusammenhang eingegangen werden.

Creative-Commons-Lizenzen werden in zunehmendem Masse bei der Verbreitung von Zeitungs- und Blogartikeln verwendet. Diese gelten dann als individuelle geistige Schöpfungen, wenn es sich dabei nicht nur um „einfache Zeitungsmittelungen“ handelt<sup>505</sup> und wenn die darin enthaltenen Informationen „in individueller Form mit eigenen Äusserungen und Stellungnahmen zu einem eigenständigen Werk umgestaltet werden“<sup>506</sup>. Der Gestaltungsspielraum des Autors und somit auch die Individualität des Ergebnisses steigen mit der Menge der im betreffenden Beitrag verarbeiteten Informationen<sup>507</sup>. Eine gesamte Zeitung erfüllt dann die Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts, wenn ihr hinsichtlich der Wahl und Anordnung ihres Inhaltes ein individueller Charakter zukommt<sup>508</sup>.

Wissenschaftliche Sprachwerke wie Abhandlungen, Thesen, wissenschaftliche Beiträge etc. können entweder aufgrund der Gestaltung des eigentlichen Texts (Wortwahl etc.) oder aber des inhaltlichen Aufbaus (Auswahl, Einteilung und Anordnung des wissenschaftlichen Stoffes) individuell sein<sup>509</sup>. Von vornherein nicht schützbar sind jedoch jene wissenschaftlichen Erkenntnisse (Theorien, Prinzipien, Thesen, Lösungen, Verfahren, Methoden etc.), zu deren Erzielung rein rationale Methoden nötig waren und somit kein Gestaltungsspielraum bestand<sup>510</sup>. Solche wissenschaftlichen Erkenntnisse können somit nur dann mittels einer Creative-Commons-Lizenz verbreitet werden, wenn sie in eine Form gebracht werden, die hinsichtlich ihres Inhaltes bzw. inhaltlichen Aufbaus individuell ist, was aber in der Regel der Fall sein wird, es sei denn, es handelt sich lediglich um die Publikation von Formeln oder Lösungen etc., ohne dass diese kommentiert oder erläutert werden.

---

<sup>505</sup> Art. 2 Abs. 8 RBÜ; vgl. zur Verneinung der Werkvoraussetzungen von kurzen Depeschemeldungen ZivGer BS, sic! 2003, 217 ff., „Elektronischer Pressespiegel II“. Zum urheberrechtlichen Schutz von Nachrichten vgl. auch REHBINDER/ROHNER, 134 ff.

<sup>506</sup> AppH BE, sic! 2001, 613 ff., E. 3, „Elektronischer Pressespiegel I“.

<sup>507</sup> HILTY, Urheberrecht, N 99; vgl. auch VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 93.

<sup>508</sup> Vgl. CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 43 zu Art. 2 sowie hinten 82 f.

<sup>509</sup> HILTY, Urheberrecht, N 100; siehe auch CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 44 zu Art. 2 sowie VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 94 ff.

<sup>510</sup> BGE 113 II 306, E. 3a; BGE 88 IV 123, E. 1; BARRELET/EGLOFF, N 16 zu Art. 2 m.w.N.

Creative-Commons-Lizenzen werden weiter auch zur Lizenzierung von Kartenmaterial benutzt<sup>511</sup>. Hier fragt sich, wann Landkarten und andere topografische Inhalte die Voraussetzungen des Werkbegriffs erfüllen. Die Problematik liegt in diesem Zusammenhang darin, dass Landkarten und Pläne die Realität abbilden und dem Gestalter somit nicht viel Spielraum bleibt, zumindest wenn er die Wirklichkeit möglichst genau abbilden will. Allerdings erfordert die Verkleinerung der tatsächlichen topografischen Verhältnisse sowie deren Gestaltung in Form einer Karte ein gewisses Mass an Abstraktion und Entscheidungen darüber, was weggelassen und was integriert wird. Insofern bleibt ein gewisser Raum für Individualität, der umso grösser ist, je kleiner Massstab und/oder Detaillierungsgrad der Karte sind<sup>512</sup>.

Eine wichtige Kategorie der durch Creative Commons lizenzierten Inhalte bilden Fotografien<sup>513</sup>. Nun wird gerade im Zusammenhang mit der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit der Fotografie kontrovers diskutiert, wann eine solche als geistige Schöpfung mit individuellem Charakter zu gelten hat bzw. wann diese vielmehr als Produkt eines durch den Fotoapparat ausgeführten technischen Vorgangs zu qualifizieren ist<sup>514</sup>. Die Lehre hat hierzu verschiedene Abgrenzungskriterien herausgearbeitet. Insbesondere wird blossen Knipsbildern der urheberrechtliche Schutz abgesprochen und hinsichtlich des individuellen Charakters der Fotografie deren Gestaltung (z.B. die Wahl des abgebildeten Objekts, des Bildausschnitts, des Zeitpunkts des Auslösens, der Einsatz eines bestimmten Filters oder Objektivs etc.) als wesentliches Kriterium genannt<sup>515</sup>. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann allerdings der Einsatz fototechnischer Mittel zur Gestaltung der Fotografie nicht allein entscheidend sein. Vielmehr ist bei der Prüfung des individuellen Charakters vom erzielten Ergebnis auszugehen, unabhängig davon, ob besondere fototechnische Mittel eingesetzt wurden. Dies gilt gemäss Bundesgericht insbesondere für Schnappschüsse, denen auch aufgrund der „gedankliche[n] Vorbereitung [...] im Sinne einer Zurechtlegung vor dem geistigen Auge“ oder hinsichtlich der „reflektierte[n] Auswahl einer Fotografie aus einer Reihe von Schnappschüssen“ urheber-

---

<sup>511</sup> Vgl. z.B. das Projekt OpenStreetMap, online abrufbar unter [www.openstreetmap.org](http://www.openstreetmap.org). Allerdings ist in Zukunft ein Wechsel auf die *Open Database License* vorgesehen, vgl. <http://www.openstreetmap.de/lizenzaenderung.html>.

<sup>512</sup> Vgl. zum ganzen VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 110; A. TROLLER, IGR I, 389; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 54 zu Art. 2; siehe auch BGE 103 Ib 324, E 3.

<sup>513</sup> So sind z.B. auf der Internetplattform Flickr bereits über 42'000 Fotografien unter einer Creative Commons Lizen veröffentlicht, vgl. <http://www.flickr.com/groups/creativecommons/>.

<sup>514</sup> HILTY, Urheberrecht, N 111; BGE 130 III 168, E. 4.5; BGE 130 III 714, E. 2 ff.; vgl. auch VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 119 sowie REHBINDER/VIGANÒ, N 13 zu Art. 2.

<sup>515</sup> HILTY, Urheberrecht, N 111; BARRELET/EGLOFF, N 19 zu Art. 2 URG; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 58 zu Art. 2; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 119 f.; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 86; REHBINDER/VIGANÒ, N 13 zu Art. 2; ACKERMANN/BURI, 152 f.; HUG KETTMEIR, 161 f.; MACCIACCHINI, medialex 2002, 27; K. TROLLER, 293.

rechtlicher Schutz zukommen kann<sup>516</sup>. In einem weiteren Entscheid verneinte das Bundesgericht das Vorliegen eines individuellen Charakters, wenn die Gestaltung der Fotografie sich nicht vom „allgemein Üblichen“ abhebe, der Fotograf also den Gestaltungsspielraum beim Fotografieren weder fototechnisch noch das Konzept betreffend ausgenutzt habe<sup>517</sup>. Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, kann eine Fotografie somit dann Gegenstand einer Creative-Commons-Lizenz sein, wenn sich hinsichtlich ihrer Gestaltung bzw. der gedanklichen Vorbereitung oder der reflektierten Auswahl der Fotografie (bei Schnappschüssen) ein individueller Charakter ergibt.

Audiovisuelle Werke wie z.B. Filme weisen aufgrund der Kombination verschiedener akustischer und visueller Elemente sowie des grossen Entscheidungsspielraums betreffend Inhalt und Form meist Individualität auf<sup>518</sup>, sofern es sich dabei nicht um die blosser Abbildung der Wirklichkeit, z.B. mit einer Webcam, handelt<sup>519</sup>. Auch bei der Beurteilung der Individualität audiovisueller Werke kommt es letztlich darauf an, wie gross der Gestaltungsspielraum des Urhebers war und ob er diesen auch genutzt hat<sup>520</sup>. Im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung von audiovisuellen Werken stellt sich aufgrund deren Komplexität selten die Frage nach der Tauglichkeit als Lizenzgegenstand<sup>521</sup>. Vielmehr führt der Umstand, dass meist mehrere Urheber Rechte an einem audiovisuellen Werk haben, zu anderen mehr oder weniger schwierigen Abgrenzungsfragen<sup>522</sup>.

Creative-Commons-Lizenzen werden auch häufig für die Lizenzierung von Websites verwendet. Dabei können einerseits die einzelnen Inhalte wie Fotos, Filme, Texte etc. unter eine Creative-Commons-Lizenz gestellt werden. Diese gelten als Werke der Literatur und Kunst und können somit Lizenzobjekt sein. Andererseits fragt sich, ob auch die Website als solche urheberrechtlich geschützt ist.

Eine Website beinhaltet verschiedene Webpages, die aus HTML-Textdateien bestehen. HTML steht dabei für *Hyper Text Markup Language* und ist ein spezifisches Datenformat.

---

<sup>516</sup> Vgl. zum ganzen BGE 130 III 168, E. 4.5 f. „Bob Marley“.

<sup>517</sup> BGE 130 III 715, E. 2.3, „Wachmann Meili“.

<sup>518</sup> CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 59 zu Art. 2; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 122; BEUTLER, 195 f.; SALVADÉ, multimédia, 262 f.; DE WERRA, SMI 1995, 246 f.

<sup>519</sup> HILTY, Urheberrecht, N 112.

<sup>520</sup> HILTY, Urheberrecht, N 112; vgl. auch WEBER, E-Commerce, 257.

<sup>521</sup> Die Frage nach dem urheberrechtlichen Schutz stellt sich am ehesten noch im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung von Handyaufnahmen oder ähnlichen Hobbyfilmen, die heutzutage massenhaft ins Internet gestellt werden. REHBINDER/VIGANÒ, N 14 zu Art. 2, weisen darauf hin, dass solche Aufnahmen die Schutzvoraussetzungen oft nicht erfüllen; so auch WEBER, E-Commerce, 257.

<sup>522</sup> Vgl. zur gemeinschaftlichen Werkschöpfung hinten 84 ff.

Eine Website ist somit aus mehreren HTML-Dateien zusammengesetzt, die über logische Verweise miteinander verknüpft sind. Dadurch ist der Webbrowser in der Lage, die Website am Computerbildschirm anzuzeigen<sup>523</sup>. Auch wenn die Gestaltung einer Website auf dem Einsatz von Computerprogrammen beruht, ist bei der Zusammenstellung doch eine menschliche Tätigkeit erforderlich, weshalb Websites als geistige Schöpfungen qualifiziert werden<sup>524</sup>. Zu prüfen bleibt, ob Websites als Computerprogramme i.S.v. Art. 2 Abs. 3 URG zu betrachten sind. Für die Creative-Commons-Lizenzierung ist diese Frage deshalb relevant, weil die Lizenzierung von Computerprogrammen durch eine Creative-Commons-Lizenz zwar möglich ist, Creative Commons selbst dies aber nicht empfiehlt, sondern die Verwendung einer Open-Source-Lizenz als die bessere Wahl erachtet, zumal diese speziell auf Computerprogramme zugeschnitten sind<sup>525</sup>. Websites sind allerdings zwar programmähnlich codiert, jedoch nicht selbständig lauffähig. Um sie aufzurufen, ist vielmehr ein Computerprogramm (der Webbrowser) nötig. Aus diesem Grund stellen Websites keine Computerprogramme, sondern vielmehr gewöhnliche Dateien dar<sup>526</sup>.

Unklar ist, ob Websites den Sammelwerken zuzuordnen sind. Hier gilt es zu unterscheiden: Wird der Website die individuelle Prägung lediglich durch die Auswahl und Anordnung der verschiedenen Inhalte verliehen, ist sie als Sammelwerk zu qualifizieren. Erscheinen die einzelnen Gestaltungselemente aber als eine Einheit und weist die Website als Ganzes eine schöpferische Eigenart auf, hat sie als Werk i.S.v. Art. 2 URG zu gelten<sup>527</sup>.

Somit können Websites als ganzes oder auch Bestandteile davon mittels einer Creative-Commons-Lizenz lizenziert werden.

Für sämtliche oben genannten Beispiele gilt zu beachten, dass immer im Einzelfall zu prüfen ist, ob einem betreffenden Inhalt tatsächlich Werkcharakter zukommt.

## 1.2. Verwandte Schutzrechte

Bei Einführung der Creative-Commons-Lizenzen im Jahr 2002 nannten die Lizenztexte als möglichen Lizenzgegenstand nur das urheberrechtlich geschützte Werk<sup>528</sup>. Später wurden die

---

<sup>523</sup> BÜHLER, 123; WEBER, E-Commerce, 258.

<sup>524</sup> BÜHLER, 124; WEBER, E-Commerce, 258.

<sup>525</sup> [http://wiki.creativecommons.org/FAQ#Can\\_I\\_apply\\_a\\_Creative\\_Commons\\_license\\_to\\_software.3F](http://wiki.creativecommons.org/FAQ#Can_I_apply_a_Creative_Commons_license_to_software.3F).

<sup>526</sup> WEBER, E-Commerce, 258.

<sup>527</sup> BÜHLER, 129; WEBER, E-Commerce, 259; siehe auch CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 61 zu Art. 2; vgl. zum deutschen Recht SCHACK, Urheberrecht, N 248; LEHMANN/VON TUCHER, 703 ff.; ROSENKRANZ, 43.

<sup>528</sup> Siehe etwa Ziffer 1 lit. e der amerikanischen Version 1.0 der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell*, <http://creativecommons.org/licenses/nc/1.0/legalcode>.

Creative-Commons-Lizenzen auch in Bezug auf verwandte Schutzrechte für anwendbar erklärt<sup>529</sup>. Die ersten Schweizer Creative-Commons-Lizenzen (Version 2.5) führten als mögliche Lizenzgegenstände neben den Werken bereits auch die verwandten Schutzrechte an<sup>530</sup>.

Das Urheberrecht gewährt bestimmten Kategorien von Leistungserbringern<sup>531</sup> in seinem 3. Titel unter der Überschrift „Verwandte Schutzrechte“<sup>532</sup> Rechte im Zusammenhang mit der urheberrechtlichen Werkvermittlung<sup>533</sup>. Im Gegensatz zur Entstehung des Urheberrechts muss eine vom Urheberrecht als schutzwürdig erachtete Leistung keine besonderen Voraussetzungen erfüllen, um geschützt zu sein. Für die Entstehung eines verwandten Schutzrechts reicht mithin die reine Leistungserbringung<sup>534</sup>. Die Leistung wird sogar dann als schützbar erachtet, wenn sie sich auf ein nicht mehr urheberrechtlich geschütztes Werk bezieht<sup>535</sup>. Da das Vorliegen eines verwandten Schutzrechts an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft ist und auch für solche Leistungen Leistungsschutzrechte bestehen, die sich auf nicht mehr geschützte Werke stützen, ist es im Zusammenhang mit verwandten Schutzrechten für den Creative-Commons-Lizenzgeber somit im Gegensatz zu den urheberrechtlich geschützten Werken einfacher zu bestimmen, wann ein Leistungsschutzrecht vorliegt. Anders als bei der Rechteeräumung an Werken ergeben sich deshalb bei der Lizenzierung und der Nutzung lizenzierter verwandter Schutzrechte weniger Probleme bei der Bestimmung der Tauglichkeit als Lizenzgegenstand.

Auch wenn sich im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung von verwandten Schutzrechten interessante Fragestellungen ergeben, beschränkt sich die vorliegende Arbeit auf die Creative-Commons-Lizenzierung von Rechten an urheberrechtlich geschützten Werken, ohne dass zusätzlich auf die Besonderheiten der Lizenzierung von verwandten Schutzrechten eingegangen wird.

---

<sup>529</sup> Vgl. PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 92, mit Bezug auf die österreichischen und deutschen Lizenzen.

<sup>530</sup> Siehe z.B. Ziffer 1 lit. a der Schweizer Version 2.5 der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung*, <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/ch/legalcode.de>.

<sup>531</sup> Schutz geniessen gemäss Art. 33 ff. URG die Leistungen von ausübenden Künstlern, Herstellern von Ton- und Tonbildträgern sowie Sendeunternehmen.

<sup>532</sup> Auch „Nachbarrechte“ oder „Leistungsschutzrechte“.

<sup>533</sup> Vgl. ausführlich zum urheberrechtlichen Leistungsschutz HILTY, Urheberrecht, N 343 ff. sowie MOSIMANN, SIWR II/1, 331 ff.

<sup>534</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 345.

<sup>535</sup> Botschaft URG 1989, 549; HILTY, Urheberrecht, N 344; REHBINDER/VIGANÒ, N 8 zu Art. 33; BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 33; MOSIMANN, SIWR II/1, 370.

### 1.3. Werk zweiter Hand

Die Creative-Commons-Lizenzen *Namensnennung*, *Namensnennung-Nicht kommerziell*, *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* sowie *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* erlauben die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes und somit die Erstellung eines Werks zweiter Hand<sup>536</sup>.

Ein Werk zweiter Hand liegt gemäss Art. 3 Abs. 1 URG<sup>537</sup> vor, wenn eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter unter Verwendung eines oder mehrerer bereits bestehender Werke so geschaffen wird, dass die verwendeten Werke in ihrem individuellen Charakter erkennbar bleiben. Das Gesetz nennt als Beispiele solcher Werke zweiter Hand in Art. 3 Abs. 2 URG in nicht abschliessender Weise Übersetzungen sowie audiovisuelle Bearbeitungen. Darüber hinaus gelten auch Verfilmungen, Dramatisierungen, veränderte Neuauflagen, Instrumentierungen musikalischer Werke, Kopien in andere Kunstformen etc. als Werke zweiter Hand<sup>538</sup>.

Werke zweiter Hand sind aufgrund der definitionsgemässen Erfüllung der Schutzvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 URG selbständig geschützt<sup>539</sup>. Weil das verwendete Werk in seinem individuellen Charakter noch erkennbar bleibt, ist eine urheberrechtlich relevante Verwendung der Bearbeitung nur mit Einwilligung des Urhebers des Originalwerks möglich, soweit dieses noch geschützt ist<sup>540</sup>. Eine Bearbeitung besteht somit immer aus mindestens zwei Leistungen, die durch separate Rechte geschützt sind. Das Recht des Bearbeiters hängt dabei vom Recht des Originalurhebers ab<sup>541</sup>, es sei denn, die Schutzfrist des Ausgangswerks ist bereits abgelaufen. Diese Unterscheidung zwischen den verschiedenen, an einer Bearbeitung bestehenden Rechten ist im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung dann besonders wichtig, wenn ein Werk erlaubterweise bearbeitet wird und diese Bearbeitung weiterverbreitet werden soll<sup>542</sup>.

---

<sup>536</sup> Zum Bearbeitungsrecht vgl. hinten 129.

<sup>537</sup> Vgl. auch Art. 2 Abs. 3 RBÜ.

<sup>538</sup> HILTY, Urheberrecht, N 122; vgl. auch BARRELET/EGLOFF, N 7 f. zu Art. 3; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 134 f. REHBINDER/VIGANÒ, N 3 zu Art. 3 nennen ausdrücklich auch Remixes im Bereich der Popmusik als eine mögliche Ausgestaltung des Werks zweiter Hand, weisen aber darauf hin, dass wegen der uneinheitlichen Begriffsverwendung im Einzelfall zu prüfen sei, ob die Voraussetzungen für ein Werk zweiter Hand gegeben sind. Siehe hierzu auch WEGENER, 373 ff.

<sup>539</sup> Art. 3 Abs. 1 und 3 URG; HILTY, Urheberrecht, N 122; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 94; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 134.

<sup>540</sup> REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 96; HILTY, Urheberrecht, N 123; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 133; BARRELET/EGLOFF, N 5 und 10 zu Art. 3.

<sup>541</sup> REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 101.

<sup>542</sup> Vgl. hinten 129 ff.

Von der Bearbeitung zu unterscheiden sind die nicht-schöpferische Umgestaltung und die Neugestaltung<sup>543</sup>. Durch die nicht-schöpferische Umgestaltung (Auslassen, Hinzufügen, Abändern von Elementen) entsteht keine neue geistige Schöpfung mit individuellem Charakter, weshalb derjenige, der die nicht-schöpferische Umgestaltung vornimmt, kein Urheberrecht an dem umgestalteten Werk erlangt<sup>544</sup>. Dagegen liegt eine Neugestaltung vor, wenn die charakteristischen Züge des Originalwerks im neuen Werk verblassen<sup>545</sup>. Der Urheber einer Neugestaltung erlangt ein selbständiges und, im Gegensatz zum Urheber eines Werks zweiter Hand, vom verwendeten Werk unabhängiges Urheberrecht am neuen Werk.

#### 1.4.           Sammelwerk

Sämtliche Creative-Commons-Lizenzen erlauben dem Nutzer die Aufnahme des Lizenzgegenstandes in ein Sammelwerk<sup>546</sup>.

Einer Zusammenstellung verschiedener Inhalte kommt gemäss Art. 4 Abs. 1 URG dann selbständiger urheberrechtlicher Schutz zu, wenn es sich bei der betreffenden Sammlung bezüglich Auswahl oder Anordnung um eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter handelt. Ausschlaggebend ist, dass das Ergebnis „eine neue Einheit und nicht bloss eine Addition“ der zusammengefügteten Inhalte darstellt<sup>547</sup>. Dabei ist es für den Schutz der Sammlung irrelevant, ob die Bestandteile als solche urheberrechtlich geschützt sind<sup>548</sup>. Kommt diesen aber ein selbständiger urheberrechtlicher Schutz zu, benötigt der Urheber des Sammelwerks für deren Nutzung die Zustimmung der Rechteinhaber<sup>549</sup>. Ein Sammelwerk ist nicht auf einzelne WerkGattungen beschränkt, sondern kann auch unterschiedliche Werkkategorien umfassen<sup>550</sup>. So stellt z.B. ein Text mit eingefügten Bildern<sup>551</sup> ein Sammelwerk dar, wenn die vorgenannten

---

<sup>543</sup> REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 3.

<sup>544</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 4 URG; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 95; HILTY, Urheberrecht, N 123; BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 3.

<sup>545</sup> REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 95; HILTY, Urheberrecht, N 123; vgl. auch VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 135 f., die gemäss der deutschen Terminologie von „freier Benutzung“ sprechen; vgl. ebenfalls BARRELET/EGLOFF, N 5 zu Art. 3; REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 3.

<sup>546</sup> Vgl. Ziffer 3 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>547</sup> A. TROLLER, IGR I, 376; BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 4.

<sup>548</sup> Botschaft URG 1989, 524; BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 4; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 136; HILTY, Urheberrecht, N 125; REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 4; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 1 zu Art. 4.

<sup>549</sup> Art. 4 Abs. 2 sowie Art. 11 Abs. 1 lit. b URG.

<sup>550</sup> VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 136.

<sup>551</sup> VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 136.



Voraussetzungen erfüllt sind. Auch Websites können je nach den konkreten Umständen den Sammelwerken zugeordnet werden<sup>552</sup>.

Obwohl Datenbanken oft unter grossem finanziellem Aufwand entstehen, sind sie nur dann urheberrechtlich geschützt, sofern es sich bezüglich Auswahl oder Anordnung der Informationen um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt<sup>553</sup>. Der individuelle Charakter einer Sammlung wird aber gerade insbesondere dann verneint, wenn sie lediglich auf inhaltliche Vollständigkeit ausgerichtet ist und es somit an einem Gestaltungsspielraum fehlt<sup>554</sup>. Ebenso wenig kommt einer Zusammenstellung von Daten urheberrechtlicher Schutz zu, wenn sie eine triviale, technisch bedingte Struktur aufweist<sup>555</sup>.

Im europäischen Gemeinschaftsrecht wurde mit der Datenbank-RL ein Leistungsschutzrecht *sui generis* für Produzenten von Datenbanken eingeführt. Ein solches entsteht, wenn anlässlich der Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung des Inhalts der Datenbank eine in qualitativer und/oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition erforderlich war<sup>556</sup>. Bis zur Version 3.0 enthielten die Creative-Commons-Lizenzen keine einheitliche Regelung betreffend Datenbankrechte<sup>557</sup>. Eine solche ist für die Version 4.0 vorgesehen<sup>558</sup>.

## 1.5. Urheber

Art. 6 URG nennt als Urheber diejenige Person, die das Werk geschaffen hat, und statuiert damit das sog. Schöpferprinzip<sup>559</sup>. Da eine Schöpfung nur dann urheberrechtlich geschützt ist, wenn sie von einem Menschen geschaffen wurde<sup>560</sup>, kann das Urheberrecht originär somit nur bei einer natürlichen Person entstehen<sup>561, 562</sup>. Dies hat wiederum zur Folge, dass juristische

---

<sup>552</sup> Vgl. vorne 78 ff.

<sup>553</sup> Vorbehalten bleibt ein allfälliger Schutz nach Art. 5 lit. c UWG, vgl. hierzu TISSOT, 200; VON BÜREN/MEER, Werkbegriff, SIWR II/1, 136 FN 420; siehe auch HILTY, Urheberrecht, N 126; WEBER, Datenbankrecht, 63 ff.

<sup>554</sup> HILTY, Urheberrecht, N 126 m.w.N.; CHERPILLOD, in: Müller/Oertli, N 2 zu Art. 4; REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 4.

<sup>555</sup> WEBER, Datenbankrecht, 64.

<sup>556</sup> Art. 7 Abs. 1 Datenbank-RL; zum Schutz von Datenbanken vgl. auch HILTY, Urheberrecht, N 126; WEBER, Datenbankrecht, 59 ff.; ausführlich zudem DREIER, in: Dreier/Schulze, N 1 ff. zu § 87a.

<sup>557</sup> Vgl. vorne 68 f.

<sup>558</sup> Vgl. Section 1 lit. c i.V.m. Section 2 lit. a Abs. 2 des im Anhang B abgedruckten Entwurfs der Version 4.0.

<sup>559</sup> Botschaft URG 1989, 525; VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 149; HILTY, Urheberrecht, N 131; BARRELET/EGLOFF, N 1 zu Art. 6; REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 6; HUG, in: Müller/Oertli, N 1 zu Art. 6.

<sup>560</sup> Vgl. vorne 75.

<sup>561</sup> HILTY, Urheberrecht, N 131; BARRELET/EGLOFF, N 1 zu Art. 6; HUG, in: Müller/Oertli, N 3 zu Art. 6.

Personen und Dritte Rechte an Werken nur derivativ erwerben können<sup>563</sup>. Wird ein Werk im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffen, entsteht das Urheberrecht aufgrund des Schöpferprinzips zunächst originär beim Arbeitnehmer<sup>564</sup>. Will sich der Arbeitgeber die entstehenden Urheberrechte sichern, muss die Übertragung sämtlicher Rechte oder einzelner Teilrechte soweit möglich und zulässig vertraglich vereinbart werden<sup>565</sup>, da ein Übergang von Urheberrechten ex lege im Gegensatz zum Übergang von Rechten an Erfindungen und Designs<sup>566</sup> im Gesetz nicht vorgesehen ist. Abzulehnen ist zudem auch eine analoge Anwendung von Art. 321b Abs. 2 OR, wonach der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber alles sofort herauszugeben hat, was er in Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit hervorbringt<sup>567</sup>. I.d.R. treten angestellte Urheber ihre Urheberrechte denn auch im Voraus durch den Arbeitsvertrag generell und global ab<sup>568</sup>.

Der originäre Erwerb von Urheberrechten setzt weder Handlungs- noch Urteilsfähigkeit voraus, womit grundsätzlich auch handlungs- sowie urteilsunfähige Personen aufgrund eines Realaktes Urheberrechte erwerben können<sup>569</sup>. Es ist im Rahmen der Auseinandersetzung mit den vertragsrechtlichen Fragen zu prüfen, ob solche handlungs- oder urteilsunfähige Urheber als Creative-Commons-Lizenzgeber auftreten können<sup>570</sup>.

## 1.6. Gemeinschaftliche Werkschöpfung

Gerade hinsichtlich der sich immer mehr verbreitenden Remix-Kultur<sup>571</sup> und der Bedeutung,

---

<sup>562</sup> Anders z.B. im US-amerikanischen Recht im Falle der sog. *works made for hire*, vgl. hinten 197. Ein originärer Rechtserwerb durch den Arbeitgeber ist unter gewissen Voraussetzungen auch in Japan, England und den Niederlanden möglich, HILTY, Urheberrecht, N 134.

<sup>563</sup> HILTY, Urheberrecht, N 131; vgl. auch BARRELET/EGLOFF, N 2 zu Art. 6; VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 151 f.; HUG, in: Müller/Oertli, N 3 zu Art. 6.

<sup>564</sup> VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 167; BARRELET/EGLOFF, N 3 zu Art. 16; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 108; HILTY, Urheberrecht, N 131 und 314; das URG enthält einzig in Art. 17 eine Regelung bezüglich der im Arbeitsverhältnis geschaffenen Computerprogramme. Danach erhält der Arbeitgeber die ausschliesslichen Nutzungsbefugnisse an Computerprogrammen, die er in einem Arbeitsverhältnis bei Ausübung dienstlicher Tätigkeiten sowie in Erfüllung vertraglicher Pflichten schafft.

<sup>565</sup> VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 167; REHBINDER/VIGANÒ, N 5 zu Art. 6.

<sup>566</sup> Vgl. Art. 332 Abs. 1 OR.

<sup>567</sup> So HILTY, Urheberrecht, N 315; HUG, in: Müller/Oertli, N 8 zu Art. 6 geht beim Fehlen einer Vereinbarung gestützt auf die Zweckübertragungstheorie davon aus, dass sich aus dem Arbeitsvertrag eine stillschweigende Vereinbarung zur Übertragung derjenigen Nutzungsrechte ableiten lässt, die der Arbeitgeber für seine Tätigkeit benötigt; eine solche Vertragsauslegung ablehnend HILTY, Urheberrecht, N 317.

<sup>568</sup> VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 167.

<sup>569</sup> BGE 116 II 351, E 2b; HILTY, Urheberrecht, N 132; VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 151; BARRELET/EGLOFF, N 3 zu Art. 6; REHBINDER/VIGANÒ, N 3 zu Art. 6.

<sup>570</sup> Vgl. hinten 122.

<sup>571</sup> Vgl. vorne FN 188.

die den Creative-Commons-Lizenzen in diesem Zusammenhang zukommt, stellt sich die Frage nach der Werkschöpfung durch mehrere Urheber. Wird ein Werk durch eine Mehrzahl von Personen gemeinsam geschaffen, entsteht ein sog. Gesamtwerk (auch Kollektivwerk genannt)<sup>572</sup>. Gründet die Werkschöpfung auf einer Gesamtidee, die durch die schöpferische Tätigkeit mehrerer Urheber gestaltet wurde, liegt eine in Miturheberschaft geschaffene Werkeinheit i.S.v. Art. 7 Abs. 1 URG vor. Fehlt es an einer solchen gemeinschaftlich Gesamtidee, spricht die Lehre hingegen von einer Werkverbindung<sup>573</sup>.

### 1.6.1. Miturheberschaft

Haben mehrere Personen als Urheber an der Schaffung eines Werks mitgewirkt, gelten sie als Miturheber i.S.v. Art. 7 Abs. 1 URG, womit ihnen das Urheberrecht gemeinschaftlich zusteht. Vorausgesetzt ist, dass jeder Miturheber durch eine eigene schöpferische Leistung bei der Entstehung des Werks beteiligt war<sup>574</sup>. Zudem wird verlangt, dass „die Schöpfung der einzelnen Beiträge im Hinblick auf das Kollektivwerk erfolgt, wobei der Urheber des Beitrags sein Schaffen diesem gemeinsamen Ziel unterordnet“<sup>575</sup>. Voraussetzung ist also in objektiver Hinsicht eine enge, auf eine gemeinschaftliche Werkschöpfung gerichtete Zusammenarbeit unter den Beteiligten, die subjektiv vom Willen zur Zusammenarbeit getragen wird<sup>576</sup>. Dabei können die Miturheber diesen Willen ausdrücklich äussern oder er ergibt sich implizit aus der Werkentstehung<sup>577</sup>. Nachträgliche Miturheberschaft liegt vor, wenn der Urheber ein Werk von Beginn an mit der klaren Absicht geschaffen hat, es später mit anderen Beiträgen zu kombinieren<sup>578</sup>. Der Urheber schafft sein Werk dabei ebenfalls bewusst als Teil eines grösseren Ganzen und ordnet sich so einer Gesamtidee unter<sup>579</sup>.

Die für das Vorliegen von Miturheberschaft geforderte enge Zusammenarbeit und oftmals auch der Wille zur Zusammenarbeit aufgrund einer gemeinsamen Konzeption werden i.d.R.

---

<sup>572</sup> HILTY, Urheberrecht, N 137; VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 154; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 111.

<sup>573</sup> Zum ganzen HILTY, Urheberrecht, N 137 ff.; HUG, in: Müller/Oertli N 1 zu Art. 7; VON BÜREN/MEER, kollektive Werkschöpfung, SIWR II/1, 154 ff.

<sup>574</sup> HILTY, Urheberrecht, N 138; HUG, in: Müller/Oertli, N 3 zu Art. 7; BARRELET/EGLOFF, Urheberrecht, N 4 zu Art. 7.

<sup>575</sup> Botschaft URG 1989, 526.

<sup>576</sup> HUG, in: Müller/Oertli, N 4 zu Art. 7; VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 154 FN 46 nennen als Kriterium für das Vorliegen von Miturheberschaft, dass das Werk „in einem zwischen den Miturhebern vereinbarten bzw. von ihnen akzeptierten *zeitlichen Zusammenspiel* und auf der Basis eines *gemeinsamen Konzepts* entstanden ist“; gemäss REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 112, besteht das entscheidende Kriterium in der gegenseitigen Unterordnung unter eine Gesamtidee.

<sup>577</sup> JANN, 23.

<sup>578</sup> JANN, 29; WIDMER, OSS, 79.

<sup>579</sup> JANN, 29; WIDMER, OSS, 79.

fehlen, wenn ein Urheber ein Werk schafft und dieses zur Bearbeitung durch weitere Nutzer unter Verwendung einer Creative-Commons-Lizenz, welche die Bearbeitung erlaubt, ins Internet stellt<sup>580</sup>. Zwar gibt der Urheber sein Werk dann zur Bearbeitung frei und nimmt damit zumindest in Kauf, dass ein Nutzer sein Werk abwandelt, doch wird es in den meisten Fällen am Willen des Ersturhebers mangeln, seine Schöpfung im Hinblick auf ein konkretes Kollektivwerk zu kreieren. Ebenso wenig werden sich der Urheber und die Nutzer untereinander über das Zusammenspiel ihrer Schöpfungshandlungen absprechen. Wird ein Werk hingegen gestützt auf eine koordinierte Zusammenarbeit im Hinblick auf ein gemeinschaftlich beschlossenes Ziel bzw. im Rahmen einer Gesamtidee abgewandelt und/oder weiterentwickelt, kann zwischen den einzelnen Urhebern durchaus Miturheberschaft entstehen, wobei es sich in solchen Fällen i.d.R. um die Form der nachträglichen Miturheberschaft handeln wird. Inwieweit die Voraussetzungen der Miturheberschaft jedoch tatsächlich gegeben sind, ist im Einzelfall zu prüfen<sup>581</sup>.

Die Miturheber bilden eine Gesamthandschaft sui generis<sup>582</sup>, wobei das Gesetz jedem Urheber das Recht gibt, die ihm durch das Urheberrecht eingeräumte absolute Rechtsstellung einzeln durchzusetzen<sup>583</sup>. Eine Ausnahme besteht gemäss Art. 7 Abs. 4 URG lediglich dort, wo sich die einzelnen Beiträge trennen lassen. Besteht in solchen Fällen keine gegenteilige Abmachung, darf jeder Miturheber den eigenen Beitrag selbständig verwenden, vorausgesetzt die Verwertung des gemeinsamen Werks wird dadurch nicht beeinträchtigt. Das gesamte Werk können die Miturheber nach Art. 7 Abs. 2 URG unter Vorbehalt einer anderweitigen Abmachung aber immer nur gemeinsam verwenden, wobei die Zustimmung zur Werknutzung jedoch nicht gegen Treu und Glauben verweigert werden darf<sup>584</sup>. Die Lizenzierung gilt als relevante Verwendung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 URG<sup>585</sup>. Für die Creative-Commons-Lizenzierung des gesamten Werks ist somit in jedem Fall die Zustimmung sämtlicher Miturheber nötig.

---

<sup>580</sup> Anders kann es sich z.B. bei der Entwicklung von Software verhalten, wenn tatsächlich ein Gesamtplan vorliegt und die einzelnen Beiträge im Hinblick auf das konkrete Kollektivwerk geschaffen werden, was im Einzelfall zu prüfen ist, vgl. WIDMER, OSS, 79. Die Verbreitung eines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz erfolgt wohl i.d.R. ohne konkreten Gesamtplan (für Wikipedia vgl. ROSENKRANZ, 47).

<sup>581</sup> HUG, in: Müller/Oertli, N 4 zu Art. 7 mit Verweis auf BGer. 2A.288/2002 vom 24.03.2003, sic! 2003, 699 - Tarif VN betreffend Miturheberschaft des Komponisten am audiovisuellen Werk.

<sup>582</sup> BGE 129 III 715, E. 3.2; BGE 121 III 118, E. 2; BARRELET/EGLOFF, N 2 zu Art. 7; EGLOFF, sic! 1999, 540; HILTY, Urheberrecht, N 139; HUG, in: Müller/Oertli, N 9 zu Art. 7; differenzierend VON BÜREN/MEER, kollektive Werkschöpfung, SIWR II/1, 157 f.

<sup>583</sup> BGE 121 III 118, E 2.

<sup>584</sup> Art. 7 Abs. 2 URG.

<sup>585</sup> VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 158; bezüglich der Bedeutung für die Creative-Commons-Lizenzierung vgl. hinten 119.

### 1.6.2. Verbundenes Werk

Liegt bereits ein Werk vor, das von anderen Urhebern mit einem anderen Werk zu einer Einheit zusammengefügt resp. abgewandelt bzw. weiterentwickelt wird, sodass es lediglich als Basis für die Schaffung eines neuen Werks dient, ohne dass ein gemeinsamer Gestaltungswille zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels gegeben ist, liegt zwischen den beteiligten Urhebern keine Miturheberschaft vor<sup>586</sup>. Vielmehr spricht man in einem solchen Fall von einer Werkverbindung<sup>587</sup>. Eine solche kann durch Bearbeitung eines Werks<sup>588</sup>, durch Erstellung eines Sammelwerks<sup>589</sup> oder durch das Zusammenfügen von Werken verschiedener Werkkategorien zu einem Gesamtwerk entstehen<sup>590</sup>. Das Vorliegen einer Werkverbindung zieht betreffend deren Verwertung somit letztlich dieselben rechtlichen Folgen nach sich wie die Bearbeitung bzw. das Sammelwerk, womit die getrennte Verwertung der einzelnen Teile durch die betreffenden Urheber von vornherein ohne Weiteres möglich ist, die Verbreitung der Werkverbindung als solche aber der Zustimmung der Urheber sämtlicher beteiligter Werke bedarf<sup>591</sup>.

### 1.6.3. Audiovisuelle Werke als Sonderfälle der Werkschöpfung durch mehrere Personen

Da die Creative-Commons-Lizenzierung insbesondere auch im Zusammenhang mit audiovisuellen Werken wie z.B. Filmen eine zunehmend wichtigere Rolle spielt, soll nachfolgend kurz auf die urheberrechtliche Qualifikation der Rolle der Filmschaffenden eingegangen werden<sup>592</sup>. Bei der Entstehung eines Films sind oftmals viele Personen involviert. Im Zentrum steht meist der Regisseur, der als Leiter der Produktion die wichtigen künstlerischen Entscheidungen trifft und dem Filmwerk somit den individuellen Charakter verleiht<sup>593</sup>. Das Gesetz stellt denn auch für die Berechnung der Schutzfrist audiovisueller Werke auf die Lebens-

---

<sup>586</sup> Vgl. BARRELET/EGLOFF, N 4 f. zu Art. 7; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 112; VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 156.

<sup>587</sup> BARRELET/EGLOFF, N 5 zu Art. 7; VON BÜREN/MEER, kollektive Werkschöpfung, SIWR II/1, 161; HILTY, Urheberrecht, N 140; REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 7.

<sup>588</sup> Vgl. vorne 81.

<sup>589</sup> Vgl. vorne 82.

<sup>590</sup> REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 7; gemäss HILTY, N 140, erfüllt ein Sammelwerk die Voraussetzungen einer Werkverbindung deshalb nicht, weil bei einem Sammelwerk verschiedene unabhängige Werke unverändert in einen Kontext gestellt werden.

<sup>591</sup> VON BÜREN/MEER, kollektive Werkschöpfung, SIWR II/1, 161; REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 7.

<sup>592</sup> Ausführlich zu diesem Thema EGLOFF, sic! 1998, 14 ff. sowie MENN, 56 ff.

<sup>593</sup> Vgl. REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 113; HILTY, Urheberrecht, N 142.

dauer des Regisseurs ab<sup>594</sup>. Lehre und Rechtsprechung sind sich deshalb darin einig, dass der Regisseur als Miturheber eines Filmwerkes gilt<sup>595</sup>.

Neben dem Regisseur können aber noch weitere Personen mittelbar und unmittelbar an der Entstehung eines Films beteiligt sein. Als Grundsatz gelten dabei all jene Personen als Miturheber, die bei der Schaffung des Filmwerkes „eine persönliche, geistige, schöpferische Leistung vollbracht haben“<sup>596</sup>.

Bei Kameralenten, Beleuchtern, Cuttern, Tonverantwortlichen etc. ist im Einzelfall zu prüfen, ob deren schöpferische Leistung ausreicht, um ein Miturheberrecht zu begründen<sup>597</sup>. Den Schauspielern kommt i.d.R. kein Urheberrecht zu, wohl ist ihre Leistung aber durch ein Leistungsschutzrecht geschützt<sup>598</sup>. Wichtige Vorarbeiten zur Entstehung des Filmes leisten zudem allfällige Autoren von Romanen oder Bühnenstücken, die verfilmt oder dramatisiert werden, Komponisten von Musikwerken, die für den Film verwendet werden oder Drehbuchautoren. Weil das Filmwerk unter Verwendung dieser bereits vor Entstehung des Films geschaffenen Werke entsteht, stellt der Film i.d.R. eine Bearbeitung in der Form eines verbundenen Werks dar<sup>599</sup>. Wurden das Drehbuch und das Filmwerk aber in enger Zusammenarbeit zwischen Autor und Regisseur gestützt auf ein gemeinsames Konzept geschaffen, kann auch Miturheberschaft vorliegen<sup>600</sup>. Dasselbe gilt für den Komponisten der Filmmusik: Wurde die Musik eigens für das Filmwerk komponiert, liegt gemäss h.L. Miturheberschaft des Komponisten am Filmwerk vor<sup>601</sup>.

Schliesslich wirken noch weitere Personen mittelbar bei der Filmschaffung mit, wie etwa Bühnenbildner, Maskenbildner, Choreografen etc. Diesen Personen wird dann ein Miturheberrecht zuerkannt, wenn tatsächlich eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter

---

<sup>594</sup> Art. 30 Abs. 3 URG.

<sup>595</sup> BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 7; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 113; HILTY, Urheberrecht, N 142; HUG, in: Müller/Oertli, N 23 zu Art. 7; REHBINDER/VIGANÒ, N 5 zu Art. 7; EGLOFF, sic! 1998, 17; MENN, 67.

<sup>596</sup> RKGE, sic! 1998, 182 ff., E. 5, „Reglement Suisseimage“; vgl. auch EGLOFF, sic! 1998, 18; REHBINDER/VIGANÒ, N 5 zu Art. 7.

<sup>597</sup> Vgl. EGLOFF, sic! 1998, 19; BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 7; HUG, in: Müller/Oertli, N 23 zu Art. 7.

<sup>598</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 142; BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 7.

<sup>599</sup> HILTY, Urheberrecht, N 143; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 113; BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 7.

<sup>600</sup> HUG, in: Müller/Oertli, N 24 zu Art. 7; EGLOFF, sic! 1998, 16; REHBINDER/VIGANÒ, N 6 zu Art. 7; für eine generelle Qualifikation des Drehbuchautors als Miturheber MENN, 65.

<sup>601</sup> BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 7; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 87; HUG, in: Müller/Oertli, N 25 zu Art. 7; VON BÜREN/MEER, Urheber, SIWR II/1, 157; EGLOFF, sic! 1998, 19; MENN, 63 und 74 f.; a.M. SALVADÉ, sic! 2001, 624 f., welcher den Urheber, der sein Musikwerk eigens für einen bestimmten Film komponiert, gleich behandeln will wie den Schöpfer vorbestehender Musik und somit auch im ersten Fall nicht von Miturheberschaft des Filmkomponisten am Filmwerk ausgeht.

vorliegt und diese eigens für das Filmwerk geschaffen wurde. Werden hingegen vorbestehende Werke genutzt, ist vom Filmwerk als Werk zweiter Hand auszugehen<sup>602</sup>.

### 1.7. Dem Urheber eingeräumte Rechte

Das Urheberrecht räumt dem Urheber ein in gewisser Weise dem sachenrechtlichen Eigentum nachempfunden<sup>603</sup> absolutes Recht an dem von ihm geschaffenen Werk ein, das vom Rechteinhaber gegenüber jeder Person geltend gemacht werden kann<sup>604</sup>. Gestützt auf dieses absolute Recht kommen dem Urheber Vermögensrechte (auch Verwertungs- oder Nutzungsrechte genannt) zu, die es ihm erlauben sollen, durch die wirtschaftliche Verwertung des Werks eine angemessene Vergütung zu erlangen<sup>605</sup>. Darüber hinaus garantiert das Urheberrecht dem Urheber als Anerkennung seiner persönlichen schöpferischen Leistung<sup>606</sup> durch die Urheberpersönlichkeitsrechte<sup>607</sup> aber auch den Schutz der unauflöslichen individuellen Rechte an seinen Werken<sup>608</sup>. Nach der in der Schweiz vorherrschenden dualistischen Theorie<sup>609</sup> bilden die Vermögensrechte mit den Urheberpersönlichkeitsrechten keine Einheit, sondern stehen vielmehr nebeneinander<sup>610</sup>.

---

<sup>602</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 144. Zur Qualifikation des Beitrags weiterer Mitwirkender am Filmwerk siehe auch EGLOFF, sic! 1998, 17 ff.; REHBINDER/VIGANÒ, N 5 zu Art. 7; BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 7; ausführlich MENN, 62 ff.

<sup>603</sup> HILTY, Urheberrecht, N 148; andere Autoren sprechen vom Urheberrecht als „mit dem Sachenrecht vergleichbares“ absolutes Recht, so HUG, in: Müller/Oertli, N 1 zu Art. 9; das Urheberrecht wird denn auch von der Eigentumsgarantie der Bundesverfassung erfasst, REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 2. Der Vergleich urheberrechtlicher Werke mit Sachen soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass erstere sich aufgrund ihrer Nicht-Rivalität (unbeschränkt viele parallele Nutzungen sind möglich) und Nicht-Exklusivität (kein Nutzer kann von der Nutzung ausgeschlossen werden) grundlegend von Sachen unterscheiden, vgl. PEUKERT, Schutzbereich, 45.

<sup>604</sup> BARRELET/EGLOFF, N 1 und N 6 zu Art. 10; DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/1, 186 ff.

<sup>605</sup> REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 10; HILTY, Urheberrecht, N 149; BARRELET/EGLOFF, N 1 zu Art. 10; PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 1 zu Art. 10.

<sup>606</sup> BGE 117 II 466, E. 3; BGE 113 II 306, E. 4a.

<sup>607</sup> Zum Begriff der Urheberpersönlichkeitsrechte vgl. sogleich 90.

<sup>608</sup> HILTY, Urheberrecht, N 149; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 132; HUG, in: Müller/Oertli, N 3 zu Art. 9.

<sup>609</sup> Im Gegensatz dazu steht die in Deutschland und Österreich verbreitete monistische Theorie, die das Urheberrecht als Einheitsrecht versteht, HILTY, Urheberrecht, N 149.

<sup>610</sup> HILTY, Urheberrecht, N 149; DAVID, in: Müller/Oertli, N 24 zu Einf.; REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 16; a.A. DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/1, 184 f., der die monistische Theorie in einem weiten Sinn versteht, dem die Unterscheidung von *Droit moral* und vermögensrechtlichen Interessen nicht entgegensteht; vgl. auch BARRELET/EGLOFF, N 10 zu Art. 29, welche vom Vorherrschen der monistischen Theorie in der Schweiz ausgehen.

## 1.7.1. Urheberpersönlichkeitsrechte

### 1.7.1.1. Begriff

Das Urheberpersönlichkeitsrecht schützt die ideellen Beziehungen des Urhebers zu seinem Werk<sup>611</sup>. Seit der Revision des Urheberrechts im Jahr 1992<sup>612</sup> räumt das URG dem Urheber spezielle Urheberpersönlichkeitsrechte (*droits moral*) ein, ohne allerdings den Begriff des Urheberpersönlichkeitsrechts zu nennen. Vor dieser Neuerung wurde das Urheberpersönlichkeitsrecht aus den Art. 28 ff. ZGB, Art. 49 OR sowie aus der Berner Übereinkunft abgeleitet<sup>613</sup>. Bis zum Inkrafttreten des URG 1992 urteilte denn auch das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung, das Urheberpersönlichkeitsrecht stelle einen „Teil oder eine besondere Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ dar<sup>614</sup>. Im ersten Entscheid nach Inkrafttreten des URG 1992 wählte das Bundesgericht die Formulierung des deutschen Urheberrechtsgesetzes<sup>615</sup>, wonach das Urheberrecht die „geistigen und persönlichen Beziehungen“ des Urhebers zum Werk schütze<sup>616</sup>, ohne sich dabei festzulegen, ob es sich bei den Urheberpersönlichkeitsrechten dogmatisch um (allgemeine) Persönlichkeitsrechte handle<sup>617</sup>. Die neuere Lehre unterscheidet hingegen klar zwischen dem Urheberpersönlichkeitsrecht und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>618</sup>.

### 1.7.1.2. Im URG genannte Urheberpersönlichkeitsrechte

Zum *Droit moral* gehören nach h.L. und Rechtsprechung das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (Art. 9 Abs. 1 URG), das Recht auf Erstveröffentlichung des Werks (Art. 9 Abs. 2 URG) sowie das Recht auf Schutz der Werkintegrität (Art. 11 URG). Weitere Ansprü-

---

<sup>611</sup> HILTY, Urheberrecht, N 187; BARRELET/EGLOFF N 3 zu Art. 9 mit Verweis auf den deutschen Gesetzeswortlaut; HUG, in: Müller/Oertli, N 3 zu Art. 9; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 132.

<sup>612</sup> In Kraft seit 01.07.1993.

<sup>613</sup> DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/I, 207; HUG, in: Müller/Oertli, N 4 zu Art. 9; A. TROLLER, IGR I, 89 f.; BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 9; siehe auch BGE 96 II 409, E. 6; BGE 84 II 570, E. a); BGE 117 II 466, E. 3; BGE 113 II 309, E. 4.

<sup>614</sup> BGE 96 II 409, E. 6; BGE 117 II 470, E. 3; BGE 113 II 311, E. 4a; BGE 110 II 418, E. 3; BGE 96 II 420 f., E. 6; BGE 84 II 573, E. a); BGE 69 II 53, E. 4.

<sup>615</sup> Vgl. Art. 11 D-UrhG.

<sup>616</sup> Vgl. die unveröffentlichte Erwägung 7a in BGE 120 II 65.

<sup>617</sup> SEEMANN, 166; eine verbreitete Lehrmeinung geht jedoch trotz der Äusserungen des Bundesgerichts in BGE 120 II 65, E. 7a davon aus, die Rechtsprechung betrachte Urheberpersönlichkeitsrechte noch immer als besonderen Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, siehe etwa REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 132; NEFF/ARN, SIWR II/2, 205; LAUX, 11.

<sup>618</sup> HILTY, Urheberrecht, N 188; LAUX, 11; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 132; CHERPILLOD, Geltungsbereich, SIWR II/I, 35, der in den Urheberpersönlichkeitsrechten eine spezialgesetzliche Regelung im Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sieht; gl. M. HUG, in: Müller/Oertli, N 7 zu Art. 9; a.M. HILTY, Urheberrecht, N 188; siehe auch DE WERRA, Intégrité, 18 ff.



che, die von einigen Autoren ganz oder zum Teil dem Urheberpersönlichkeitsrecht zugerechnet werden, sind das Zutrittsrecht (Art. 14 URG), das Ausstellungsrecht (Art. 14 URG) sowie der Schutz vor Zerstörung (Art. 15 URG)<sup>619</sup>.

#### 1.7.1.2.1. Recht auf Erstveröffentlichung

Gemäss Art. 9 Abs. 2 URG hat der Urheber das ausschliessliche Recht zur Bestimmung des Zeitpunkts und der Form der erstmaligen Veröffentlichung seines Werks. Ein Werk gilt als veröffentlicht, wenn der Urheber selbst es ausserhalb eines privaten Kreises einer grösseren Anzahl von Personen zugänglich gemacht oder der Zugänglichmachung zumindest zugestimmt (Art. 9 Abs. 3 URG) hat<sup>620</sup>. Stellt der Urheber sein Werk unter eine Creative-Commons-Lizenz, macht er es der Allgemeinheit zugänglich (bzw. stimmt einer Zugänglichmachung durch einen Nutzer zu). Die Erstveröffentlichung ist somit also Voraussetzung dafür, dass eine Creative-Commons-Lizenzierung überhaupt möglich ist. Damit ein derivativer Rechteinhaber ein Werk, das durch den Urheber noch nicht veröffentlicht wurde, unter eine Creative-Commons-Lizenz stellen kann (oder es mittels einer CC0-Erklärung frei geben kann), muss der Urheber ihm folglich das Erstveröffentlichungsrecht einräumen<sup>621</sup>.

#### 1.7.1.2.2. Recht auf Anerkennung der Urheberschaft

Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft beinhaltet das Recht des Urhebers auf die Veröffentlichung seines Werks unter seinem wirklichen Namen, einem Pseudonym oder anonym (Art. 9 Abs. 2 URG; Recht auf Urheberbezeichnung)<sup>622</sup>. In welchem Umfang und auf welche Weise auf den Urheber eines Werks hingewiesen werden muss, hängt von den Gewohnheiten der betreffenden Branche und von der Art des Werkexemplars resp. der Art der Werkverwendung ab<sup>623</sup>. Insbesondere dann, wenn ein Werk durch eine Vielzahl von Urhebern geschaffen wurde, ist die Nennung sämtlicher Beteiligten in der Praxis je nach Werkart kaum

---

<sup>619</sup> Vgl. zum ganzen DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/1, 207 ff.; HUG, in: Müller/Oertli, N 5 zu Art. 9; SEEMANN, 133; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 139 f. sowie REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 15 zählen das Zutritts- und Ausstellungsrecht nicht zu den Urheberpersönlichkeitsrechten. Eine neuere Lehrmeinung spricht sich allerdings gegen eine Kategorisierung der urheberrechtlichen Teilrechte nach der Motivation des Urhebers aus. Vielmehr könnten die Argumente des Persönlichkeitsrechts, neben solchen des Obligationenrechts und der Billigkeit, nur im Einzelfall, unter Würdigung aller Umstände, Bedeutung erlangen, so M. BERGER, Irrtümer, 19.

<sup>620</sup> HILTY, Urheberrecht, N 191; DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/1, 190; BARRELET/EGLOFF, N 23 zu Art. 9.

<sup>621</sup> Zur Möglichkeit der Einräumung des Erstveröffentlichungsrechts vgl. hinten 97.

<sup>622</sup> BARRELET/EGLOFF, N 10 zu Art. 9; NEFF/ARN, SIWR II/2, 207; HILTY, Urheberrecht, N 194; HUG, in: Müller/Oertli, N 15 zu Art. 9; REHBINDER/VIGANÒ, N 6 zu Art. 9.

<sup>623</sup> BARRELET/EGLOFF, N 11 zu Art. 9; NEFF/ARN, SIWR II/2, 207; vgl. auch HILTY, Urheberrecht, N 194.

durchführbar<sup>624</sup>. Informationen darüber, was in bestimmten Branchen als übliche Urheberbezeichnung gilt, können gegebenenfalls Gesamtarbeitsverträgen oder sonstigen Vereinbarungen entnommen werden<sup>625</sup>. Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft ermöglicht es dem Urheber zudem, sich dagegen zur Wehr zu setzen, dass ein anderer sich seine Stellung als Urheber anmasst<sup>626</sup>. Schafft hingegen ein Dritter ein Werk und gibt dieses als dasjenige eines anderen aus, kann sich dieser nicht auf Art. 9 Abs. 1 URG berufen, zumal er nicht als Urheber eines eigenen Werks betroffen ist<sup>627</sup>. Der Betroffene kann sich in einem solchen Fall lediglich auf eine Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts berufen<sup>628</sup>.

Vorgreifend kann jetzt schon festgehalten werden, dass sämtliche Creative-Commons-Lizenzen den Nutzern die Nennung des Urhebers bei der Weitergabe des Werks bzw. eines Werks zweiter Hand vorschreiben<sup>629</sup>.

#### 1.7.1.2.3. Recht auf Schutz der Werkintegrität

Art. 11 URG gibt dem Urheber das Recht, sich gegen Änderungen seines Werks zu wehren. Dabei verleiht ihm Abs. 1 der genannten Norm das alleinige Bestimmungsrecht über Änderungen seines Werks (lit. a) sowie darüber, ob das Werk zur Schaffung eines Werks zweiter Hand verwendet bzw. in ein Sammelwerk aufgenommen werden darf (lit. b). Nicht vom Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers erfasst werden allerdings Änderungen, die im Rahmen einer erlaubten Nutzung erfolgen und keine solchen Elemente betreffen, die für den individuellen Charakter des Werks entscheidend sind<sup>630</sup>. Ein Nutzer ist somit beispielsweise berechtigt, eine Fotografie für die erlaubte Verwendung in einer Zeitschrift farbtechnisch zu optimieren, wobei die Grenze des Zulässigen unter Berücksichtigung sowohl der Interessen des Urhebers als auch des Nutzers objektiv nach Treu und Glauben zu bestimmen sind<sup>631</sup>. Jederzeit zulässig sind darüber hinaus all jene Veränderungen, die keinen Einfluss auf den indivi-

---

<sup>624</sup> So NEFF/ARN, SIWR II/2, 207 f. bezüglich komplexen Computerprogrammen.

<sup>625</sup> HILTY, Urheberrecht, N 194.

<sup>626</sup> BARRELET/EGLOFF, N 14 zu Art. 9; HILTY, Urheberrecht, N 195; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 134.

<sup>627</sup> HILTY, Urheberrecht, N 195; DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/1, 208; REHBINDER/VIGANÒ, N 5 zu Art. 9; HUG, in: Müller/Oertli, N 24 zu Art. 9; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 134; a.M. BARRELET/EGLOFF, N 18 zu Art. 9, die das Recht, sich gegen die Zuschreibung fremder Werke zu wehren, ebenfalls aus Art. 9 Abs. 1 URG herleiten.

<sup>628</sup> Teilweise wird ein solches *droit de non-paternité* aus Art. 28 ZGB abgeleitet, so DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/1, 208; gl. M. REHBINDER/VIGANÒ, N 5 zu Art. 9; andere Autoren sehen es als Aspekt von Art. 29 ZGB, so HILTY, Urheberrecht, N 195; gl. M. HUG, in: Müller/Oertli, N 24 zu Art. 9 m.w.N.

<sup>629</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. c der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz sowie hinten 134.

<sup>630</sup> HILTY, Urheberrecht, N 198; vgl. auch REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 99.

<sup>631</sup> HILTY, Urheberrecht, N 198.

duellen Charakter des Werks haben, wie etwa die Digitalisierung eines in analoger Form vorliegenden Werks<sup>632</sup>, solange das Werk nicht vervielfältigt wird, da dem Urheber in diesem Fall ein aus seinem Vervielfältigungsrecht resultierendes Verbotsrecht zukommt<sup>633</sup>.

Sämtliche Creative-Commons-Lizenzen lassen aber Vervielfältigungen dieser Art ohnehin zu und erlauben ausdrücklich insbesondere auch die Umformatierung<sup>634</sup>. Vier der sechs Creative-Commons-Lizenzen räumen dem Lizenznehmer zudem ein Bearbeitungsrecht am Lizenzgegenstand ein<sup>635</sup>. Aus Art. 11 Abs. 2 URG geht hervor, dass diese vertragliche Einräumung des Änderungs- und Bearbeitungsrechts an einen Dritten ohne Weiteres möglich ist<sup>636</sup>. Das Gesetz behält dem Urheber jedoch vor, sich gegen persönlichkeitsverletzende Entstellungen des Werks zur Wehr zu setzen<sup>637</sup>.

Das Recht auf Entstellungsschutz gilt auch dann, wenn der Urheber dem Nutzer ein umfassendes Bearbeitungsrecht eingeräumt hat<sup>638</sup>. Es betrifft den unveräusserbaren Kerngehalt des Urheberpersönlichkeitsrechts und ist somit unübertragbar<sup>639</sup>. Ein vertraglicher Verzicht auf die Ausübung dieses Rechts ist zwar möglich, kann jedoch jederzeit widerrufen werden<sup>640</sup>. Im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Lizenzen, welche die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes erlauben, bedeutet dies, dass der Lizenzgeber sich dann jederzeit gegen die Bearbeitung seines Werks wehren kann, wenn diese ihn in seiner Persönlichkeit verletzt. Eine Verletzung der Persönlichkeit wird dann angenommen, wenn die vom Urheber subjektiv vorgenommene Beurteilung einer Änderung als Entstellung objektiv nachvollziehbar erscheint<sup>641</sup>.

---

<sup>632</sup> BARRELET/EGLOFF, N 6a zu Art. 11; HILTY, Urheberrecht, N 198; PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 4 zu Art. 11; BÜHLER, 218.

<sup>633</sup> HILTY, Urheberrecht, N 198; vgl. auch BARRELET/EGLOFF, N 6a zu Art. 11.

<sup>634</sup> Vgl. Ziffer 3 letzter Absatz der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>635</sup> Es sind dies die Lizenzen *Namensnennung*, *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen*, *Namensnennung-Nicht kommerziell* sowie *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen*.

<sup>636</sup> Zur Übertragbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts vgl. sogleich 96 ff.

<sup>637</sup> Art. 11 Abs. 2 URG.

<sup>638</sup> REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 137; BARRELET/EGLOFF, N 13 zu Art. 11; PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 8 zu Art. 11.

<sup>639</sup> Vgl. sogleich 95.

<sup>640</sup> HILTY, Urheberrecht, N 199.

<sup>641</sup> HILTY, Urheberrecht, N 199; BARRELET/EGLOFF, N 13 zu Art. 11, gehen unter Hinweis auf den Entscheid des OGer ZH vom 14.11.2002, sic! 2003, 320 ff. dann von einer Entstellung aus, wenn „eine erhebliche Veränderung mit negativen Auswirkungen“ vorliegt; gemäss BGE 69 II 53, E. 4 ist die Beurteilung „unter Berücksichtigung der Beschaffenheit und des Charakters des Werks sowie der übrigen Verhältnisse, insbesondere der Persönlichkeit des Urhebers“ vorzunehmen.

#### 1.7.1.2.4. Übrige Urheberpersönlichkeitsrechte

Der Schutz von Originalwerken vor Zerstörung nach Art. 15 URG sowie das Zutritts- und Ausstellungsrecht nach Art. 14 URG sind im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung äusserst selten relevant<sup>642</sup>, da diese überwiegend digital kopierbare und vermehrbare Werke betreffen. Aus diesem Grund wird vorliegend nicht näher auf diese Rechte eingegangen.

### 1.7.2. Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Verfügung über Urheberpersönlichkeitsrechte

#### 1.7.2.1. Verzicht auf ein Recht vs. Verzicht auf die Geltendmachung eines Rechts

Durch den Verzicht auf ein Recht gibt der Verzichtende dieses auf, ohne es einer anderen Person einzuräumen, womit das Recht mangels Inhabers dahinfällt<sup>643</sup>. Von diesem Verzicht auf ein Recht muss der Verzicht auf die Geltendmachung eines Rechts unterschieden werden: Während der Verzicht auf das Recht als absolutrechtliches Verfügungsgeschäft gegenüber jedermann gilt, wird im Fall des Verzichts auf die Geltendmachung eines Rechts lediglich darauf verzichtet, vom betreffenden Recht gegenüber einer bestimmten Person Gebrauch zu machen<sup>644</sup>. In diesem Fall behält der Verzichtende sein Recht und kann sich gegenüber anderen Personen jederzeit darauf berufen<sup>645</sup>.

#### 1.7.2.2. Verhältnisse bei der Creative-Commons-Lizenzierung

Durch die Lizenzierung eines Werks mittels einer der sechs Creative-Commons-Standardlizenzen kommt es zur Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts an den Lizenzgeber. In diesem Zusammenhang fragt sich, ob die dem Urheber zustehenden Urheberpersönlichkeitsrechte einer solchen rechtsgeschäftlichen Verfügung zugänglich sind, mithin, ob der Urheber im Rahmen einer Creative-Commons-Lizenz auf die Geltendmachung seiner Urheberpersönlichkeitsrechte vertraglich verzichten kann.

---

<sup>642</sup> Die Bestimmungen des Zerstörungsschutzes und des Zutritts- und Ausstellungsrechts könnten z.B. dann relevant werden, wenn ein Maler sein Gemälde unter eine Creative-Commons-Lizenz stellt und dieses an jemanden weitergibt.

<sup>643</sup> SEEMANN, 46 f.; vgl. auch BARRELET/EGLOFF, N 14 zu Art. 16.

<sup>644</sup> SEEMANN, 47; A. TROLLER, IGR II, 778.

<sup>645</sup> SEEMANN, 47 m.w.N.

Im Gegensatz dazu ist im Rahmen von CC0<sup>646</sup> zu prüfen, ob auch ein absolutrechtlich wirkender Verzicht auf die Urheberpersönlichkeitsrechte möglich ist.

#### 1.7.2.3. Verzicht auf die Geltendmachung der Urheberpersönlichkeitsrechte

Die h.L. geht davon aus, dass der Urheber gegenüber Dritten auf die Ausübung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse verzichten kann<sup>647</sup>. Grundsätzlich wird eine – schuldrechtlich wirkende – Einräumung einzelner persönlichkeitsrechtlicher Befugnisse zum Zweck der Ausübung an Dritte mindestens solange für zulässig erachtet, als der „harte Kern des Urheberpersönlichkeitsrechts“, der mit Art. 27 Abs. 2 ZGB gleichgesetzt werden kann, nicht tangiert wird<sup>648</sup>.

Solange die Creative-Commons-Lizenzierung also zu einem schuldrechtlichen Verzicht des Urhebers auf seine urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse führt, ist dies zumindest im Rahmen von Art. 27 ZGB nicht zu beanstanden.

#### 1.7.2.4. Verzichtbarkeit der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse

Der Verzicht auf das Urheberrecht wird im URG nicht geregelt. Allerdings ist gemäss dem Grundsatz *a maiore ad minus* davon auszugehen, dass der Verzicht in dem Umfang möglich ist, wie die Übertragbarkeit von Rechten bejaht wird<sup>649</sup>. Mit Bezug auf die Urheberpersönlichkeitsrechte bedeutet dies, dass auf all jene urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse verzichtet werden kann, die sich auf Dritte übertragen lassen.

---

<sup>646</sup> Mit dem Projekt CC0 will Creative Commons den Urhebern ein Instrument zur Verfügung stellen, dass es ihnen erlauben soll, auf die Rechte an einem Werk vollumfänglich zu verzichten, sodass dieses bereits vor Ablauf der Schutzdauer gemeinfrei wird. Auf die Frage, ob ein solcher Verzicht auf das Urheberrecht im Schweizer Recht möglich ist, wird im Rahmen der Vorstellung weiterer Projekte von Creative Commons eingegangen (vgl. hinten 278).

<sup>647</sup> So BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 9 sowie N 14 zu Art. 16; REHBINDER/VIGANÒ, N 13 zu Art. 16; HUG, in: Müller/Oertli, N 11 zu Art. 9.

<sup>648</sup> BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 9, vergleichen das Urheberrecht mit zwei konzentrischen Kreisen: Während im äusseren Kreis die Ausübung persönlichkeitsrechtlicher Befugnisse erlaubt werden kann, gilt der innere Kreis als harter Kern des Urheberpersönlichkeitsrechts, der in jedem Fall beim Urheber verbleibt.

<sup>649</sup> RIKLIN, 70; SEEMANN, 48; DE WERRA, Intégrité, N 152; die Verzichtbarkeit im Rahmen von Art. 27 ZGB bejahend BARRELET/EGLOFF, N 14 zu Art. 16; A. TROLLER, IGR II, 778; UHL, Verfügung, 112; a.M. HUNZIKER, N 564, der von der Unverzichtbarkeit des Urheberrechts ausgeht.

### 1.7.2.5. Übertragbarkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte

In Bezug auf die Frage, ob und in welchem Umfang Urheberpersönlichkeitsrechte unter Lebenden übertragbar sind, herrscht keine Einigkeit<sup>650</sup>. Unstrittig ist lediglich die vom Gesetz geregelte Unübertragbarkeit des Entstellungsschutzes (Art. 11 Abs. 2 URG)<sup>651</sup>.

Der überwiegende Teil der Lehre geht davon aus, dass Urheberpersönlichkeitsrechte grds. nicht übertragbar sind<sup>652</sup>. Als Hauptargumente werden die Nähe des Urheberpersönlichkeitsrechts zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>653</sup> sowie Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 1 RBÜ<sup>654</sup> angeführt. Nach der genannten Bestimmung behält der Urheber sein Urheberpersönlichkeitsrecht „unabhängig von seinen vermögensrechtlichen Befugnissen und selbst nach deren Abtretung“. Diese Lehrmeinung gründet auf der insbesondere durch die deutsche und französische Rechtslehre beeinflussten Auffassung, der Urheber schöpfe sein Werk direkt aus seiner Persönlichkeit heraus, sodass zwischen ihm und seinem Werk ein unauflösbares geistiges Band bestehe<sup>655</sup>.

Einzelne Autoren, die grds. von der Unübertragbarkeit der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse ausgehen, weichen indessen mit Bezug auf bestimmte Urheberpersönlichkeitsrechte vom Grundsatz der Unübertragbarkeit ab. So wird insbesondere das Recht auf Werkintegrität (Art. 11 Abs. 1 URG) unter Hinweis auf dessen primär vermögensrechtlichen Charakter von diesen Autoren als übertragbar eingestuft<sup>656</sup>. Zudem beurteilen NEFF/ARN das Erstveröffentlichungsrecht als übertragbar<sup>657</sup>.

---

<sup>650</sup> Vgl. GUT, 109 ff. Für einen Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre vgl. SEEMANN, 245 ff.

<sup>651</sup> SEEMANN, 254; vgl. hierzu BARRELET/EGLOFF, N 13 zu Art. 11; VON BÜREN/MEER, Übertragbarkeit, 236; HILTY, Urheberrecht, N 282; PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 8 zu Art. 11; REHBINDER/VIGANÒ, N 9 zu Art. 11.

<sup>652</sup> BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 9; HUG, in: Müller/Oertli, N 10 zu Art. 9; REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 16; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 132, N 160; A. TROLLER, IGR II, 777; STREULI-YOUSSEF, Rechtsverkehr, 963; KGer Basel-Landschaft, in: sic! 2004, 299; differenzierend CHERPILLOD, Geltungsbereich, SIWR II/1, 34 f.; VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 236 ff.; HILTY, Urheberrecht, N 277 ff.; VON PLANTA, 108; a.M. SEEMANN, 263 ff., der in Art. 6<sup>bis</sup> RBÜ keine Vorgabe betreffend die Übertragbarkeit oder Verzichtbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten sieht.

<sup>653</sup> Siehe etwa REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 132, N 160; BARRELET/EGLOFF, N 6 zu Art. 16.

<sup>654</sup> BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 9.

<sup>655</sup> HILTY, Urheberrecht, N 275 f.; GIRSBERGER, 33.

<sup>656</sup> BARRELET/EGLOFF, N 1 zu Art. 11; NEFF/ARN, SIWR II/2, 212; DE WERRA, in: Müller/Oertli, N 24 zu Art. 16.

<sup>657</sup> NEFF/ARN, SIWR II/2, 210.

Ein anderer Teil der Lehre, der in jüngster Zeit vermehrt Zuspruch erhält, bejaht hingegen die Übertragbarkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte<sup>658</sup> mit der Begründung, das URG enthalte mit Ausnahme von Art. 11 Abs. 2 URG<sup>659</sup> keine Bestimmung, welche die Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten ausschliesse<sup>660</sup>. Vielmehr sei das Urheberrecht nach dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 URG übertragbar. Allerdings gehen auch Anhänger dieser Lehrmeinung davon aus, dass Urheberpersönlichkeitsrechte dann nicht übertragbar sind, wenn es sich dabei um Aspekte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt<sup>661</sup>.

Zur Frage der Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten sind bisher nur vereinzelte Bundesgerichtsentscheide ergangen. Im Grundsatz hält auch das Bundesgericht das Urheberpersönlichkeitsrecht für unübertragbar<sup>662</sup>. Aus den bisher ergangenen Entscheiden ist im Einzelnen jedoch ersichtlich, dass das Bundesgericht die Übertragbarkeit des Veröffentlichungsrechts (Art. 9 Abs. 2 URG)<sup>663</sup> und des Rechts auf Werkintegrität (Art. 11 Abs. 1 URG)<sup>664</sup> bejaht, jedoch von der Unübertragbarkeit des Rechts auf Entstellungsschutz (Art. 11 Abs. 2 URG)<sup>665</sup> sowie des Rechts auf Anerkennung (Art. 9 Abs. 1 und 2 URG)<sup>666</sup> ausgeht. Der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts folgend kann somit wohl davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht die Übertragbarkeit zumindest einiger urheberpersönlichkeitsrechtlicher Teilbefugnisse im Rahmen von Art. 27 ZGB als zulässig erachtet.

---

<sup>658</sup> DESSEMONTET, Droit d'auteur, N 973; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 26, geht von der Übertragbarkeit urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse aus, soweit sich diese von ihrem Gehalt her dazu eignen; VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 235 ff.; NOBEL/WEBER, Kapitel 11 N 119; LAUX, 21.

<sup>659</sup> Gemäss Art. 11 Abs. 2 URG kann sich der Urheber gegen jede Entstellung des Werks wehren, die ihn in seiner Persönlichkeit verletzt, selbst wenn einer Drittperson vertraglich oder gesetzlich das Recht eingeräumt wurde, das Werk zu ändern oder es zur Schaffung eines Werks zweiter Hand zu verwenden.

<sup>660</sup> Siehe etwa VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 235 ff. m.w.N., die gestützt auf den Vorrang völkerrechtlicher Verträge mit Hinweis auf Art. 6<sup>bis</sup> Abs. 1 RBÜ von der Unübertragbarkeit der Anerkennung der Urheberschaft gemäss Art. 9 Abs. 1 URG ausgehen, das Recht auf Erstveröffentlichung mangels Ausschlusses der Übertragbarkeit im URG sowie in der RBÜ demgegenüber als frei übertragbar bezeichnen.

<sup>661</sup> Siehe etwa DESSEMONTET, Droit d'auteur, N 971 f.; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 24 f.; VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 238.

<sup>662</sup> BGer. 4A\_638/2009, E. 3.3. Aufgrund der allgemeinen Aussage „[...] le droit moral ne peut pas être cédé; c'est dire qu'il est indissociablement lié à la personne physique qui a qualité d'auteur“ kann wohl nicht davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse im Einzelfall nicht doch als übertragbar beurteilt, wie es dies in der Vergangenheit schon getan hat, vgl. nachfolgend FN 663 und 664.

<sup>663</sup> Entscheid des BGer. I. Zivilabteilung vom 09.10.1992, SMI 1994, 67 f., "Gesprächsaufzeichnungen".

<sup>664</sup> BGE 69 II 53, E. 4. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass der Erwerber bei Änderungen die Schranken von Art. 27 ZGB zu beachten habe, womit der Urheber dem Erwerber das Recht zu persönlichkeitsverletzenden Änderungen nicht übertragen kann.

<sup>665</sup> In BGer. 4C.330/2003 geht das Bundesgericht implizit davon aus, dass das Recht auf Werkintegrität übertragbar ist, SEEMANN, 245.

<sup>666</sup> BGer. 4P.145/2003, E. 3; bezüglich der Unübertragbarkeit des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft auch BGer. 4A\_638/2009, E. 3.3.

Im Ergebnis ist Folgendes festzuhalten: Das Bearbeitungsrecht kann nach h.L. und Rechtsprechung an Dritte übertragen werden<sup>667</sup>, das Recht auf Entstellungsschutz verbleibt hingegen beim Urheber<sup>668</sup>. Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft gilt nach h.L. und Rechtsprechung als unübertragbar<sup>669</sup>. Bezüglich des Erstveröffentlichungsrechts ist sich die Lehre nicht einig<sup>670</sup>. Nach der hier vertretenen Meinung sollte aus Gründen der Verkehrsfähigkeit von der Übertragbarkeit dieses Rechts ausgegangen werden<sup>671</sup>. Begrenzt wird die Übertragbarkeit sämtlicher urheberrechtlicher Befugnisse durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Für die Möglichkeit des Verzichts auf das Urheberrecht im Rahmen einer CC0-Erklärung bedeutet dies, dass der Urheber neben sämtlichen Vermögensrechten auch auf das Bearbeitungsrecht sowie nach der hier vertretenen Meinung auf das Veröffentlichungsrecht – im Sinne einer absolutrechtlichen Verfügung – verzichten kann. Nicht möglich ist ein solcher Verzicht hingegen bezüglich des Rechts auf Entstellungsschutz sowie auf Anerkennung der Urheberschaft. Auf letzteres kann nach dem allgemeinen Grundsatz der Verzichtbarkeit auf die Geltendmachung eines Rechts nur obligatorisch verzichtet werden<sup>672</sup>. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Urhebers bleibt in jedem Fall vorbehalten.

## 1.8. Nutzungsrechte

Art. 10 Abs. 1 URG gibt dem Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk verwendet wird. Art. 10 Abs. 2 URG zählt in nicht abschliessender Weise verschiedene Arten möglicher Verwendungsformen auf und räumt dem Urheber das ausschliessliche Recht ein, über deren Ausübung zu bestimmen. Diese Verwendungsrechte sind

---

<sup>667</sup> So BARRELET/EGLOFF, N 1 zu Art. 11; VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 236; PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 1 zu Art. 11; HILTY, Urheberrecht, N 282.

<sup>668</sup> Art. 11 Abs. 1 und 2 URG; HILTY, Urheberrecht, N 282; BARRELET/EGLOFF, N 1 zu Art. 11; VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 236.

<sup>669</sup> So VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 237; HILTY, Urheberrecht, N 280; BARRELET/EGLOFF, N 7 zu Art. 9; A. TROLLER, IGR II, 777; SEEMANN, 315 m.w.N.; BGer. 4P. 145/2003, E 3; vgl. aber Botschaft URG 1989, 527; für die Übertragbarkeit VON PLANTA, 110 ff., insb. 121.

<sup>670</sup> Für die Übertragbarkeit HILTY, Lizenzvertragsrecht, 23; VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 237 f.; NEFF/ARN, SIWR II/2, 210; LAUX, 13 f.; HUG, in: Müller/Oertli, N 31 zu Art. 9; SEEMANN, 303 m.w.N.; gegen die Übertragbarkeit REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 132, 160; BARRELET/EGLOFF, N 21 zu Art. 9; N 6 zu Art. 16.

<sup>671</sup> Die Übertragbarkeit des Erstveröffentlichungsrechts ist aber ohnehin nur dann relevant, wenn der Urheber die Veröffentlichung seines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz oder mittels einer CC0-Erklärung nicht selbst vornehmen will (vgl. vorne 91).

<sup>672</sup> So auch SEEMANN, 48. Zur Möglichkeit des Verzichts auf die Ausübung des Namensnennungsrechts vgl. VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 237; BARRELET/EGLOFF, N 13 zu Art. 9; HILTY, Urheberrecht, N 280; NEFF/ARN, SIWR II/2, 208; A. TROLLER, IGR II, 779 f.; GUT, N 17 zu Art. 9. Zur Möglichkeit des vertraglichen Verzichts auf die Ausübung des Erstveröffentlichungsrechts vgl. REHBINDER/VIGANÒ, N 11 zu Art. 9; BARRELET/EGLOFF, N 21 zu Art. 9.



im wesentlichen vermögensrechtlicher Natur, umfassen aber auch nichtkommerzielle Nutzungen<sup>673</sup>.

### 1.8.1. Vervielfältigung

Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a URG kommt dem Urheber das ausschliessliche Recht zu, Werkexemplare herzustellen. Dieses ausschliessliche Vervielfältigungsrecht des Urhebers wird auch vom internationalen Recht anerkannt<sup>674</sup>. Neben der seit langem wichtigen Herstellung von Druckerzeugnissen, Ton-, Tonbild- oder Datenträgern sowie Kopien ist in neuerer Zeit vor allem die Vervielfältigung von Werken im Zusammenhang mit der Benutzung elektronischer Datenverarbeitungsanlagen, insbesondere Computern, relevant geworden. Die Subsumierung auch von elektronischen Kopien unter den in Art. 10 Abs. 2 lit. a URG verwendeten Begriff der Herstellung von Werkexemplaren ist allgemein anerkannt<sup>675</sup>. Das Vervielfältigungsrecht umfasst sämtliche Nutzungshandlungen, bei denen ein Werk – im Original oder in Form einer bereits bestehenden Vervielfältigung – dazu verwendet wird, eine weitere Wahrnehmbarmachung des betreffenden Werks zu erlauben<sup>676</sup>. Darunter fällt insbesondere die Herstellung und Speicherung einer elektronischen Kopie – sowohl direkt als auch mit Hilfe eines Scanners – sowie der Up- und der Download im Internet<sup>677</sup>. Das Filesharing<sup>678</sup> wird lediglich dann vom Begriff der Vervielfältigung erfasst, wenn nicht nur eine bereits vorhandene Kopie freigegeben wird.

Im Zuge der Revision 2007 hat der Gesetzgeber Art. 24a URG eingeführt<sup>679</sup>, der vorübergehende Vervielfältigungen – wie insbesondere flüchtige Kopien im Arbeitsspeicher eines

---

<sup>673</sup> BARRELET/EGLOFF, N 1 zu Art. 10; DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/1, 189; GASSER, 39.

<sup>674</sup> Art. 9 Abs. 1 RBÜ, wenngleich Abs. 2 dieser Bestimmung dann Ausnahmen zulässt, wenn eine Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt.

<sup>675</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 156; BARRELET/EGLOFF, N 12 zu Art. 10; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 120; AppH BE, sic! 2001, 613 ff., E. 5, „Elektronischer Pressespiegel I“; ZivGer BS, sic! 2003, 217 ff., E. 2 f., „Elektronischer Pressespiegel II“; BGE 133 III 473, E. 3.2, „Elektronischer Pressespiegel III“.

<sup>676</sup> HILTY, Urheberrecht, N 156.

<sup>677</sup> BARRELET/EGLOFF, N 12 zu Art. 10 m.w.N.; WEBER, E-Commerce, 268.

<sup>678</sup> Für das Filesharing werden oftmals Programme verwendet, die es den Nutzern erlauben, ohne Umweg über einen Server direkt auf die Festplatte anderer Filesharing-Software-Nutzer zuzugreifen und freigegebene Dateien herunterzuladen sowie eigene Dateien zum Download anzubieten, SCHIMANA, 66.

<sup>679</sup> Botschaft URG 2006, 3430 f.

Computers – unter bestimmten Voraussetzungen ohne besondere Zustimmung des Urhebers vom Urheberrechtsschutz ausnimmt<sup>680</sup>.

Da die Creative-Commons-Lizenzen die Vereinfachung der Werkverbreitung zum Ziel haben und da beinahe jede Verbreitungshandlung sowie das öffentlich Wahrnehmbarmachen des Lizenzgegenstandes mit einer Vervielfältigung einhergehen, erlauben sämtliche Creative-Commons-Lizenzen die Vervielfältigung des Lizenzgegenstandes<sup>681</sup>.

## **1.8.2. Verbreitung**

### **1.8.2.1. Begriff**

Art. 10 Abs. 2 lit. b URG behält dem Urheber das Recht vor, Werkexemplare anzubieten, zu veräußern oder sonst wie zu verbreiten. Allerdings umfasst das Verbreitungsrecht lediglich die physische Verbreitung, also all jene Handlungen, die an einen physischen Träger eines Werkexemplars anknüpfen<sup>682</sup>. Insofern wird neben der physischen Verbreitung von Werkexemplaren die Verbreitung des Werks selbst nur dann erfasst, wenn dieses durch einen physischen Träger verkörpert ist. Dies ist insbesondere bei der Nutzung von Werken im Internet nicht der Fall<sup>683</sup>. Selbst wenn sämtliche Creative-Commons-Lizenzen neben der Vervielfältigung auch die Verbreitung erlauben, ist doch der Fall der öffentlichen Wahrnehmbarmachung des Lizenzgegenstandes im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung von grösserer Bedeutung als die physische Verbreitung von Werkexemplaren<sup>684</sup>.

Umstritten ist, ob neben den definitiven Veräußerungshandlungen wie insbesondere Kauf und Schenkung auch die blosse Gebrauchsüberlassung durch Vermietung oder Leihe unter das Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers fällt<sup>685</sup>. Für die Creative-Commons-Lizenzierung ist die Gebrauchsüberlassung wohl eher von geringer Bedeutung. Festzuhalten ist lediglich, dass der in Art. 13 Abs. 1 URG statuierte Vergütungsanspruch für die Vermietung von Werkexemplaren selbstverständlich auch für Creative-Commons-lizenzierte Werke gilt. Die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung wird von einem Teil der Lehre ohnehin als nicht urheber-

---

<sup>680</sup> Vgl. hierzu BARRELET/EGLOFF, N 1 ff. zu Art. 24a.

<sup>681</sup> Vgl. hinten 128.

<sup>682</sup> HILTY, Urheberrecht, N 159; REHBINDER/VIGANÒ, N 11 zu Art. 10; DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, SIWR II/1, 196; VON BÜREN, in: von Büren/Marbach/Ducrey, N 303; a.M. BARRELET/EGLOFF, N 16 zu Art. 10.

<sup>683</sup> Vgl. REHBINDER/VIGANÒ, N 11 zu Art. 10; HILTY, Urheberrecht, N 159.

<sup>684</sup> Zum Recht zur öffentlichen Wahrnehmbarmachung vgl. hinten 108.

<sup>685</sup> Befürwortend REHBINDER/VIGANÒ, N 9 zu Art. 10; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 121; NEFF/ARN, SIWR II/2, 240; SEMADENI, 72 f.; ablehnend HILTY, Urheberrecht, N 159; BARRELET/EGLOFF, N 16 zu Art. 10.

rechtsrelevante Handlung qualifiziert<sup>686</sup>. Folgt man dieser Lehrmeinung, so fällt die Leihe von Creative-Commons-lizenzierten Werkexemplaren weder unter das Ausschliesslichkeitsrecht von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG noch ist sie vergütungspflichtig<sup>687</sup>.

#### 1.8.2.2. Erschöpfung

Das ausschliessliche Verbreitungsrecht des Urhebers wird durch Art. 12 Abs. 1 URG eingeschränkt, wonach ein Werkexemplar, das der Urheber selbst veräussert bzw. zu dessen Veräusserung der Urheber zugestimmt hat, durch Dritte frei weiterveräussert oder sonst wie verbreitet werden darf. Im Zusammenhang mit der Werkverbreitung unter Einräumung einer kostenlosen Lizenz zur Nutzung des betreffenden Werks stellen sich insbesondere auch bezüglich der Verbreitung über das Internet verschiedene Fragen, die in der Folge einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

Gegen eine Erschöpfung der Rechte des Urhebers an Werken unter einer Creative-Commons-Lizenz könnte sprechen, dass Art. 12 Abs. 1 URG die Erschöpfungswirkung nicht allgemein an die Verbreitung eines Werkexemplars knüpft, sondern lediglich an dessen *Veräusserung*. Versteht man den Begriff der Veräusserung als Verbreitung gegen Entgelt, kann die Erschöpfungswirkung im Zusammenhang mit der kostenlosen Inverkehrbringung von Werken und der kostenlosen Rechteeinräumung mittels Creative-Commons-Lizenzen bereits aus formalen Gründen nicht eintreten<sup>688</sup>.

Aus der Botschaft zum URG geht lediglich hervor, dass die Eigentumsübertragung das Verfügungsrecht begründet<sup>689</sup>. E contrario lässt sich daraus schliessen, dass der Urheber sein Verbreitungsrecht am Werkexemplar behält, wenn er dieses nur ausleiht – soweit darin überhaupt eine urheberrechtsrelevante Handlung gesehen wird – oder vermietet<sup>690</sup>. Weiter lässt sich der Botschaft jedoch kein Hinweis darauf entnehmen, ob die Erschöpfung allein bei entgeltlicher Eigentumsübertragung erfolgt. Als Argument dafür, dass das Gesetz für die Erschöpfung die entgeltliche Verbreitung voraussetzt, kann der Schutz der Urheberinteressen angeführt werden. Verlangt der Urheber nämlich ein Entgelt für die erste Veräusserung, werden damit auch

---

<sup>686</sup> So HILTY, Urheberrecht, N 159; BARRELET/EGLOFF, N 6a und 16 zu Art. 10; a.M. REHBINDER/VIGANÒ, N 9 zu Art. 10; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 121; NEFF/ARN, 228 f.

<sup>687</sup> Subsumiert man die Leihe hingegen mit dem übrigen Teil der Lehre unter das Verbreitungsrecht nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG, wird das Verleihrecht zusammen mit den übrigen Verbreitungsrechten an den Creative-Commons-Lizenznehmer lizenziert.

<sup>688</sup> So zu Open-Source-Software WEBER, OSS, 86; WEBER, Freie Software, 57; gl. M. KOCH, CR 2000, 335 f.

<sup>689</sup> Botschaft zum URG 1989, 531.

<sup>690</sup> Vgl. REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 12; BARRELET/EGLOFF, N 9 zu Art. 12.

allfällige nachfolgende Veräußerungen abgegolten<sup>691</sup>. Dieser Schutzmechanismus entfällt, wenn der Urheber für die erste Nutzungserlaubnis keinen geldwerten Vorteil erlangt. Zudem ist bei Creative-Commons-Lizenzen die zweite Begründung für das Bestehen des Erschöpfungsgrundsatzes, nämlich die Erleichterung des Rechtsverkehrs mit Werkexemplaren<sup>692</sup>, weit weniger wichtig als bei „herkömmlichen“ Werken, zumal die Lizenzbedingungen gewährleisten, dass jeder Dritte auf einfache Art und Weise ein kostenloses Nutzungsrecht erlangen kann<sup>693</sup>. Durch den jedem Werkexemplar beigelegten Hinweis auf die Lizenz und den Urheber bzw. Lizenzgeber wird der Rechtsverkehr zudem dahingehend vereinfacht, dass es keiner langwieriger Abklärungen bedarf, um diese Personen ausfindig zu machen.

Geht man von der Annahme aus, das Verbreitungsrecht an einem Werkexemplar erschöpfe sich nur, wenn dieses gegen Entgelt in Verkehr gebracht wird, hätte das auf die Lizenzierung von Werken mittels einer Creative-Commons-Lizenz folgende Auswirkungen: Gemäss den Lizenzbedingungen hat die Rechteeinräumung zwingend unentgeltlich zu erfolgen<sup>694</sup>. Von der Lizenz nicht ausgeschlossen wird jedoch die Forderung eines Entgelts für die Produktionskosten von physischen Werkexemplaren wie etwa CDs oder Bücher. Es ist also durchaus denkbar, dass ein Rechteinhaber einen Song auf eine CD brennt und diese für ein – aufgrund der heutigen Kosten für eine CD wohl eher kleines – Entgelt an Dritte weitergibt. In diesem Fall wäre das Verbreitungsrecht an der CD erschöpft. Der Nutzer, der die CD erwirbt, wäre in deren Weiterverbreitung frei und müsste sich deshalb nicht an die Lizenzbedingungen halten. Er könnte die CD dementsprechend auch dann verkaufen, wenn der Song unter einer Creative Commons Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell* steht. Anders wäre unter der oben genannten Annahme jedoch der Fall zu beurteilen, in dem der Rechteinhaber für das von ihm hergestellte Werkexemplar kein Entgelt verlangt bzw. der Rechteinhaber das Werk in digitaler Form verbreitet, womit kein Datenträger existiert, für den ein Entgelt gefordert werden könnte. In einem solchen Fall würde das Verbreitungsrecht mangels entgeltlichem Inverkehrbringen eines Werkexemplars nicht erschöpft und der Nutzer wäre nicht berechtigt, das Werkexemplar frei weiterzuverbreiten.

---

<sup>691</sup> Sog. Belohnungstheorie, vgl. JOOS, 55 f.; siehe auch SEMADENI, 31 f.

<sup>692</sup> Sog. Verkehrssicherungstheorie, vgl. JOOS, 53 f.; siehe auch HILTY, Urheberrecht, N 160; NEFF/ARN, SIWR II/2, 245.

<sup>693</sup> Diese Rechtslage ist mit der vor Einführung des Erschöpfungsgrundsatzes vorherrschenden Theorie vergleichbar, die von der Annahme ausging, das Recht zur Weiterveräußerung beruhe auf einer stillschweigenden Lizenzerteilung, vgl. zur Theorie der stillschweigenden Lizenzerteilung JOOS, 25 m.w.N.

<sup>694</sup> Vgl. Ziffer 3 Absatz 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

Die Annahme, eine Erschöpfung trete nur dann ein, wenn der Urheber für den Sachwert des Datenträgers ein Entgelt verlangt, ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Zum einen würde so der Fall, bei dem der Rechteinhaber sein Werk selbst auf eine CD brennt und diese danach verkauft, und jener, bei dem der Nutzer den Song rechtmässig vom Internet herunterlädt und auf eine CD brennt, nicht gleich behandelt. Im ersten Fall wäre das Verbreitungsrecht nämlich erschöpft, im zweiten müsste man jedoch mangels einer Veräusserung gegen Entgelt die Erschöpfung ablehnen. Wie sogleich aufgezeigt wird, setzt die h.L. aber den CD-Verkauf durch den Rechteinhaber und das Brennen der CD durch den Nutzer in Bezug auf die Erschöpfung gerade deshalb gleich, weil sich diese beiden Fälle im Ergebnis nicht unterscheiden. Zudem würde die unterschiedliche Behandlung abhängig von der entgeltlichen oder unentgeltlichen Verbreitung des Creative-Commons-lizenzierten Werks dem angestrebten Ziel der vereinfachten Nutzung von Inhalten widersprechen. Es kann somit nicht angehen, die Erschöpfung bei Creative-Commons-lizenzierten Inhalten in dem einen Fall zu bejahen, in dem anderen jedoch zu verneinen.

Gegen das Argument, dass die Erschöpfungswirkung nur dann eintritt, wenn das Werk gegen ein Entgelt veräussert wird, spricht zudem auch die Rechtslage im Falle einer Schenkung. Denn auch hier kommt es zu einer Eigentumsübertragung am Werkexemplar vom Schenker auf den Beschenkten<sup>695</sup>. Schenkt der Sohn seinen Eltern eine CD mit seiner von ihm komponierten und gespielten Musik zu Weihnachten, hindern diese daher allenfalls moralische, nicht aber rechtliche Gründe am Verkauf der CD.

Es ist somit davon auszugehen, dass sämtliche Handlungen, die eine Übertragung des Sacheigentums am Werkexemplar an einen Dritten – und somit die Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit durch den Rechteinhaber – zur Folge haben<sup>696</sup>, unter den Begriff der Veräusserungshandlung zu subsumieren sind, unabhängig davon, ob die Veräusserung gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolgte.

Im Zusammenhang mit der Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke unter Verwendung einer Creative-Commons-Lizenz stellt sich zudem auch die umstrittene Frage der Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes bei der Verbreitung von Werken über das Internet. Wäh-

---

<sup>695</sup> So werden denn auch der Tausch und die Schenkung genauso wie der Verkauf unter den Begriff der Veräusserung subsumiert, siehe PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 3 zu Art. 12; BARRELET/EGLOFF, N 9 zu Art. 12; NEFF/ARN, SIWR II/2, 246; KOCH, Computer-Vertragsrecht, Teil 9 N 143; SEMADENI, 35.

<sup>696</sup> SPINDLER/WIEBE, 877 FN 53 m.w.N.

rend ein Teil der Lehre die Erschöpfung ablehnt<sup>697</sup>, wird sie von einer anderen Lehrmeinung mit der Begründung bejaht, der legale Download mit anschliessender Speicherung des erworbenen Werks auf einem Datenträger mit Einverständnis des Rechteinhabers unterscheide sich letztlich nicht vom Erwerb eines bereits bespielten Datenträgers<sup>698</sup>. Gemäss HILTY spricht denn auch die ratio legis dafür, dass die Online-Verbreitung eines Werks mit anschliessender (erlaubter) Speicherung auf einem Datenträger dem Erwerb des Datenträgers in Bezug auf den Erschöpfungsgrundsatz gleichzusetzen ist<sup>699</sup>. Für die Creative-Commons-Lizenzierung würde dies bedeuten, dass der Nutzer ein über das Internet erworbenes Werkexemplar auf einen Datenträger speichern und anschliessend frei veräussern darf, zumal der Rechteinhaber dem Nutzer durch die Creative-Commons-Lizenz das Recht zur Vervielfältigung – und somit auch zur Speicherung auf einem Datenträger – einräumt.

In der ausländischen Literatur zu Creative Commons und insbesondere auch zu Open-Source-Software wird der Erschöpfungsgrundsatz oft als Problem für die beabsichtigte Wirksamkeit von Creative-Commons- bzw. Open-Source-Lizenzen gesehen<sup>700</sup>. Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint die Erschöpfung an Creative-Commons-lizenzierten Werkexemplaren – ob nun vom Lizenzgeber oder -nehmer hergestellt – vor dem Hintergrund des Vorrangs der Schrankenbestimmungen als oberstes Gebot der Creative-Commons-Lizenzierung als einzig richtige Lösung, zumal die Lizenzen den Vorbehalt des Erschöpfungsgrundsatzes auch ausdrücklich statuieren<sup>701</sup>. Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts führt nach der hier vertretenen Ansicht auch nicht zu einer grundlegenden Infragestellung der Wirkung der Creative-

---

<sup>697</sup> So SALVADÉ, sic! 2001, 796 f.; differenzierend SEMADENI, 166 f.; in Deutschland wird teilweise die Meinung vertreten, Erwägungsgrund 4 II der Info-Richtlinie schliesse die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an einem Werkexemplar aus, das der Nutzer mit Zustimmung des Rechteinhabers selbst hergestellt hat, so SPINDLER, Rechtsfragen, Teil C N 100; JAEGER, 51; SEMADENI, 143. Der EuGH hat allerdings in seinem Urteil vom 03.07.2012 (C-128/11) im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens entschieden, dass sich das Verbreitungsrecht an einem Werkexemplar auch dann erschöpft, wenn der Rechteinhaber dem Download und der Speicherung auf einem Datenträger durch den Nutzer zugestimmt hat (vgl. Ziffer 1 des Urteilsdispositivs). Zu dieser Entscheidung ist allerdings anzumerken, dass die Erschöpfung gemäss EuGH nur dann eintritt, wenn der Rechteinhaber für die Veräusserung seines Werks ein Entgelt in der Höhe des wirtschaftlichen Wertes der entsprechenden Werkkopie erhalten hat.

<sup>698</sup> So HILTY, Urheberrecht, N 162; BARRELET/EGLOFF, N 1a zu Art. 12; C. BERGER, GRUR 2002, 200; WIDMER, medialex 2004, 96 f.; NEFF/ARN, SIWR II/2, 247 f. m.w.N.; FRÖHLICH/BLEULER, AJP 1995, 573; WIDMER, OSS, 93; entgegen der in der Voraufgabe geäusserten Meinung nun auch PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 10 zu Art. 12; für das deutsche Recht vgl. DREIER, ZUM 2002, 32 f.; SPINDLER, GRUR 2002, 110; HOEREN, EU-Richtlinie, 517.

<sup>699</sup> HILTY, Urheberrecht, N 160.

<sup>700</sup> Für die Creative-Commons-Lizenzen vgl. ROSENKRANZ, 73 ff.; zu Open-Source-Software SPINDLER/WIEBE, 876 ff.; SPINDLER, Rechtsfragen, Teil C N 93 ff.; PLAB, 679 f.; KOCH, CR 2000, 335 f.; SCHIFFNER, 137 f.; a.M. JAEGER/METZGER, OSS, N 132.

<sup>701</sup> Vgl. Ziffer 2 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

Commons-Lizenzen, denn sie betrifft letztlich nur das Verbreitungsrecht an einem bestimmten Werkexemplar<sup>702</sup>.

Verteilt der Rechteinhaber also Exemplare einer CD bedruckt mit dem Logo der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell*, kann derjenige, der eine CD erhält, diese zwar ohne Berücksichtigung der Lizenzbedingungen weitergeben, sie also z.B. verkaufen. Fertigt er aber Vervielfältigungen an, ist er bei deren Vertrieb wiederum an die Lizenzbedingungen gebunden. Er kann die CD also nicht beliebig kopieren und verkaufen. Dasselbe muss gelten, wenn man mit der h.L. davon ausgeht, dass der Sachverhalt, bei dem der Nutzer einen Song aus dem Internet herunterlädt und diesen anschliessend mit Erlaubnis des Rechteinhabers auf einen Datenträger speichert, dem Erwerb eines physischen Werkexemplars gleichzusetzen ist. So kann die Erschöpfung auch in diesem Fall nur bezüglich des Vertriebs eines einzigen Werkexemplars eintreten, der Nutzer ist mithin also nicht berechtigt, die CD in beliebiger grosser Stückzahl zu brennen und diese ohne Einhaltung der Lizenzbedingungen in einem den Eigengebrauch übersteigenden Mass weiterzuverbreiten. Da die Erschöpfung auch nur das Verbreitungsrecht des Urhebers betrifft, verbleiben sämtliche anderen Rechte am betroffenen Werkexemplar ausschliesslich beim Urheber<sup>703</sup>, soweit er sie dem Nutzer durch die Creative-Commons-Lizenz nicht ohnehin schon eingeräumt hat. Insbesondere verbleiben das Recht der Zugänglichmachung<sup>704</sup> und das Vervielfältigungsrecht beim Urheber, womit es dem Erwerber des Werkexemplars nicht erlaubt ist, das darin verkörperte Werk frei im Internet weiterzuverbreiten<sup>705</sup>.

Ebenso wenig darf der Erwerber des Werkexemplars eine Bearbeitung des Werks vornehmen und diese anschliessend verbreiten, es sei denn, die betreffende Creative-Commons-Lizenz lässt dies zu. Ist er aufgrund der Creative-Commons-Lizenz zur Verbreitung der Bearbeitung ermächtigt, solange er dies unter denselben Bedingungen tut (*Weitergabe unter gleichen Be-*

---

<sup>702</sup> REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 12; NEFF/ARN, SIWR II/2, 245; SEMADENI, 58.

<sup>703</sup> BARRELET/EGLOFF, N 1 f. zu Art. 12; REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 134; VON BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 246 ff.; PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 8 zu Art. 12; SEMADENI, 58; FRÖHLICH-BLEULER, AJP 1995, 573.

<sup>704</sup> Vgl. sogleich 107.

<sup>705</sup> Wurde ein Werk unter der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung* oder der Lizenz *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* lizenziert, kann der Lizenzgegenstand trotz fehlender Erschöpfung des Vervielfältigungsrechts und des Rechts zur Wahrnehmbarmachung uneingeschränkt vervielfältigt und öffentlich zugänglich gemacht werden, zumal diese Lizenzen die hierfür erforderlichen Rechte einräumen. Bei den übrigen Creative-Commons-Lizenzen sind diese Nutzungsarten nur im Rahmen der betreffenden Lizenz erlaubt. Vgl. zur Erschöpfung in der EU auch Art. 3 Abs. 3 der Info-Richtlinie, der ausdrücklich festhält, dass sich die Rechte der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung nicht erschöpfen.

*dingungen*), muss er sich daran halten, da sich das Bearbeitungsrecht nicht erschöpfen kann<sup>706</sup> und dem Lizenzgeber diesbezüglich das Recht verbleibt, die Zulässigkeit der Bearbeitung von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen.

Dasselbe gilt auch für die auf den Ersterwerber folgenden Erwerber des Creative-Commons-lizenzierten Werkexemplars. Weil das Verbreitungsrecht am Werkexemplar bereits mit dem Übergang des Eigentums vom Lizenzgeber an den ersten Lizenznehmer erschöpft wurde, können die auf den Ersterwerber folgenden Erwerber das Werkexemplar frei verbreiten. Sobald ein Erwerber jedoch eine durch die Creative-Commons-Lizenz erlaubte, über die Schrankenbestimmungen des Urheberrechts hinausgehende Nutzungshandlung vornimmt, entsteht zwischen ihm und dem Lizenzgeber ein Vertragsverhältnis<sup>707</sup>, womit der Erwerber an die Bestimmungen der Creative-Commons-Lizenz gebunden ist. Selbstverständlich wird für den Vertragsschluss auch in diesem Fall vorausgesetzt, dass der Erwerber Kenntnis von der Creative-Commons-Lizenz hat. Erfolgte die Weitergabe des Werkexemplars durch den Ersterwerber ohne Hinweis auf die Creative-Commons-Lizenz, was wegen des Erschöpfungsgrundsatzes möglich ist, und hat der Zweiterwerber deshalb keine Kenntnis betreffend das Bestehen der Creative-Commons-Lizenz, kommt zwischen diesem und dem Lizenzgeber kein Vertragsverhältnis zustande und der Zweiterwerber verstösst bei jeder Handlung ausserhalb der Schranken gegen das Ausschliesslichkeitsrecht des Rechteinhabers. Freilich wird der Lizenzgeber wohl nichts gegen Nutzungen haben, die er anderen ohnehin bereits mit der Creative-Commons-Lizenz eingeräumt hat. Insofern stellt sich in der Praxis die Frage der Kenntnis des Zweiterwerbers vom Vorliegen einer Creative-Commons-Lizenz nur in dem wohl seltenen Fall, dass der Lizenzgeber auch mit einer von der Lizenz erlaubten Nutzung durch den Zweiterwerber nicht einverstanden ist.

Da sich das Ergebnis beim Erwerb einer Werkkopie über das Internet mit anschliessender Speicherung auf einem Datenträger nicht vom physischen Erwerb des bereits bespielten Datenträgers unterscheidet, sind diese Sachverhalte nach der hier vertretenen Ansicht und in Übereinstimmung mit der h.L. gleichzustellen, womit es auch bezüglich eines elektronisch übermittelten Werkexemplars mit anschliessender Fixierung auf einem Datenträger zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts kommt. Folglich erschöpft sich dieses an sämtlichen

---

<sup>706</sup> Vgl. PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 8 zu Art. 12.

<sup>707</sup> Zum Zustandekommen des Creative-Commons-Vertrags vgl. hinten 157 ff.



rechtmässig in Verkehr gebrachten Werkexemplaren, die ein Creative-Commons-lizenziertes Werk verkörpern<sup>708</sup>.

### **1.8.3. Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht sowie Recht der Zugänglichmachung**

Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c URG hat der Urheber das Recht, sein Werk wahrnehmbar zu machen, was insbesondere durch dessen Vortragung, Aufführung, Vorführung sowie die Zugänglichmachung in einer Weise, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl Zugang dazu haben, geschehen kann. Die Wahrnehmbarmachung eines Werks kann direkt oder indirekt erfolgen<sup>709</sup>. Während die Wahrnehmung im ersten Fall zur gleichen Zeit wie die Darbietung bzw. Darstellung erfolgt, werden im zweiten Fall technische Hilfsmittel so eingesetzt, dass sich der Werkgenuss zu einer anderen Zeit bzw. an einem anderen Ort vornehmen lässt<sup>710</sup>. Der Fall des Zugänglichmachens in einer Weise, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl Zugang zum Werk haben, hat der Gesetzgeber im Zuge der Revision 2007 gestützt auf Art. 8 WCT sowie Art. 10 und 14 WPPT für den Fall der On-Demand-Nutzung eingeführt<sup>711</sup>. Bei der On-Demand-Nutzung befindet sich die physische Kopie des Werks ausserhalb des Einflussbereichs des Nutzers, doch hat dieser die Möglichkeit, über eine irgendwie geartete Datenverbindung auf das Werk zuzugreifen<sup>712</sup>. Unter dieses Recht, Werke so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl Zugang dazu haben, fallen sämtliche Handlungen, die es anderen ermöglichen, ein Werk jederzeit und von einem beliebigen Ort aus unmittelbar wahrzunehmen oder zu speichern und zu einem späteren Zeitpunkt wahrzunehmen; dazu gehört insbesondere der Upload eines Werks ins Internet<sup>713</sup>.

Da die Creative-Commons-Lizenzen insbesondere zur Werkverbreitung im Internet verwendet werden, ist das Recht der Zugänglichmachung besonders relevant. Da sämtliche Creative-Commons-Lizenzen dieses Recht einräumen<sup>714</sup>, ist der Upload eines Creative-Commons-

---

<sup>708</sup> Vgl. zur Frage der Erschöpfung im Zusammenhang mit Creative-Commons-Lizenzen im deutschen Recht ROSENKRANZ, 73 ff.; zu Open-Source-Software auch JAEGER/METZGER, OSS, N 132 sowie SCHACK, Urheberrecht, N 612; vgl. auch den Vorbehalt des Erschöpfungsgrundsatzes in Ziffer 2 der Version 3.0 der Schweizerischen Creative-Commons-Lizenzen, dem aufgrund der zwingenden Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes zumindest im Schweizer Recht nur deklaratorische Bedeutung zukommt.

<sup>709</sup> HILTY, Urheberrecht, N 172; BARRELET/EGLOFF, N 20 zu Art. 10.

<sup>710</sup> Ein Beispiel für die indirekte Wahrnehmbarmachung ist die Filmvorführung im Kino, siehe zum ganzen HILTY, Urheberrecht, N 172.

<sup>711</sup> REHBINDER/VIGANÒ, N 17 zu Art. 10; HILTY, Urheberrecht, N 173; PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 10 zu Art. 10; BARRELET/EGLOFF, N 22a zu Art. 10.

<sup>712</sup> HILTY, Urheberrecht, N 173.

<sup>713</sup> REHBINDER/VIGANÒ, N 19 zu Art. 10; HILTY, Urheberrecht, N 174.

<sup>714</sup> Vgl. Ziffer 3 lit. c der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

lizenzierten Werks ins Internet grundsätzlich erlaubt. Bei denjenigen Lizenzen mit dem Lizenzelement „Nicht kommerziell“ ist diese Nutzungshandlung auf nichtkommerzielle Zwecke beschränkt.

#### **1.8.4.      Sende- und Weitersenderecht sowie das Recht zur öffentlichen Wahrnehmbarmachung**

Schliesslich kommt dem Urheber auch das Recht zu, sein Werk mittels Massenkommunikationsmedien wie Radio oder Fernsehen zu senden (Art. 10 Abs. 2 lit. d URG). Im Unterschied zum On-Demand-Angebot wird das Werk beim Senden zur gleichen Zeit an eine unbestimmte Zahl von Personen übermittelt<sup>715</sup>. Umfasst wird dabei der Einsatz sämtlicher Mittel der Telekommunikation wie z.B. Radio, Fernsehen, Direktsatellitensendungen oder Teletext<sup>716</sup>. Das Weitersenderecht (Art. 10 Abs. 2 lit. e URG) umfasst hingegen die Übernahme von in- oder ausländischen Sendesignalen durch eine andere Person als den ursprünglich Sendenden und deren gleichzeitige Weiterverbreitung<sup>717</sup>.

Schliesslich räumt Art. 10 Abs. 2 lit. f URG dem Urheber das Recht ein, zugänglich gemachte, gesendete und weitergesendete Werke wahrnehmbar zu machen. Dieses Verbotsrecht umfasst die Beschallung von Warenhäusern, Hotels, Restaurants und dergleichen<sup>718</sup>.

Art. 22 Abs. 1 URG sieht für das Weitersenderecht sowie das Recht zur öffentlichen Wahrnehmbarmachung von Sendungen und Weitersendungen die zwingende kollektive Verwertung vor.

### **1.9.          Rechteeinräumung an Dritte**

#### **1.9.1.      Allgemeines**

Auf die vertragsrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Einräumung von urheberrechtlichen Befugnissen an Dritte mittels einer Creative-Commons-Lizenz wird im nächsten Abschnitt eingegangen<sup>719</sup>. Bereits vorweggenommen werden kann jedoch, dass im Zusammenhang mit der Verfügung über Urheberrechte zwischen dem absolut wirkenden

---

<sup>715</sup> HILTY, Urheberrecht, N 177; BARRELET/EGLOFF, N 24 zu Art. 10; REHBINDER/VIGANÒ, N 20 zu Art. 10; PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 11 zu Art. 10.

<sup>716</sup> REHBINDER/VIGANÒ, N 20 zu Art. 10; a.M. BARRELET/EGLOFF, N 24 zu Art. 10, welche die Übermittlung via Teletext nicht unter das Senderecht subsumieren, da diese eine aktive Beteiligung des Nutzers voraussetzt; gl. M. PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli, N 11 zu Art. 10.

<sup>717</sup> HILTY, Urheberrecht, N 178; BARRELET/EGLOFF, N 33 zu Art. 10.

<sup>718</sup> BARRELET/EGLOFF, N 37 zu Art. 10; HILTY, Urheberrecht, N 180.

<sup>719</sup> Vgl. hinten 110.

rechteübertragenden Urheberrechtsvertrag und dem lediglich obligatorisch wirkenden Lizenzvertrag unterschieden wird<sup>720</sup>. Durch die Rechteübertragung erhält der Erwerber die absolute Rechtsposition in Bezug auf die ihm übertragenen Nutzungsrechte, während die obligatorische Rechteeinräumung mittels Lizenz nur schuldrechtlich wirkt und aus diesem Grund keine gegenüber Dritten wirksame Rechtsposition zur Folge haben kann<sup>721</sup>. Zudem gibt der Rechteinhaber seine Rechtsposition durch Einräumung einer Lizenz im Gegensatz zur Übertragung eines Immaterialguts nicht auf<sup>722</sup>.

Bei der Lizenzierung wird zwischen der ausschliesslichen und der einfachen Rechteeinräumung unterschieden: Während der Lizenzgeber bei der einfachen Lizenz dazu berechtigt bleibt, den Lizenzgegenstand selbst zu nutzen oder Dritten daran ebenfalls Nutzungsrechte zu erteilen, verpflichtet sich der Rechteinhaber bei der ausschliesslichen Lizenz (Exklusivlizenz) dazu, die dem Lizenznehmer eingeräumten Rechte weder selbst auszuüben noch Dritten zu Gebrauch zu gewähren<sup>723</sup>.

In Zusammenhang mit den vermögensrechtlichen Befugnissen kann ohne Weiteres von deren Lizenzierbarkeit ausgegangen werden, zumal das Schweizer Urheberrecht, der dualistischen Theorie folgend<sup>724</sup>, von der Übertragbarkeit dieser Befugnisse ausgeht (Art. 16 URG)<sup>725</sup>. Die Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Verfügung über Urheberpersönlichkeitsrechte möglich ist, wurde bereits behandelt<sup>726</sup>. Zu untersuchen bleibt somit die im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung relevante Frage nach der Zulässigkeit der Verfügung über im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannte Nutzungsarten, zumal sämtliche Creative-Commons-Lizenzen den Nutzern auch die Rechte für noch nicht bekannte Nutzungsarten einräumen<sup>727</sup>.

---

<sup>720</sup> Siehe etwa HILTY, Lizenzvertragsrecht, 82 ff.; HILTY, Urheberrecht, N 288; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 25; BARRELET/EGLOFF, N 2 f. zu Art. 16; von BÜREN/MEER, Rechtsübergang, SIWR II/1, 240 f.; REHBINDER/VIGANÒ, N 5 zu Art. 16.

<sup>721</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 93, 136 ff.; BSK OR I-HILTY, N 4 zu Vorbem. zu Art. 380-393; VON BÜREN, Lizenzvertrag, SIWR I/1, 310 f.; M. BERGER, Lizenz, 164; abweichend etwa REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 155.

<sup>722</sup> SEEMANN, 41.

<sup>723</sup> Vgl. zum ganzen VON BÜREN, in: von Büren/Marbach/Ducrey, N 871 f.; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 237 und 239; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 23; REHBINDER/VIGANÒ, N 7 zu Art. 16.

<sup>724</sup> Dies im Gegensatz zum Urheberrecht anderer Länder wie z.B. Deutschland oder Österreich, die der monistischen Theorie folgen, vgl. DAVID, in: Müller/Oertli, N 24 zu Einf.

<sup>725</sup> Statt aller HILTY, Lizenzvertragsrecht, 21.

<sup>726</sup> Vgl. vorne 96.

<sup>727</sup> Vgl. Ziffer 3 letzter Absatz der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

## **1.9.2. Verträge über noch nicht bekannte Nutzungsarten**

Die rechtsgeschäftliche Verfügung über zukünftige Nutzungsarten wird im Schweizer Recht bei entsprechender Parteivereinbarung als grundsätzlich zulässig erachtet<sup>728</sup>. Ein Teil der Lehre will die Zulässigkeit der Übertragung noch nicht bekannter Verwendungsrechte allerdings auf Nutzungsarten einschränken, die den Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt sind oder mit denen sie zu diesem Zeitpunkt in objektiver Hinsicht rechnen können<sup>729</sup>. Der überwiegende Teil der Lehre hält jedoch die Verfügung über sämtliche zukünftige Nutzungsrechte insbesondere dann als ohne Weiteres zulässig, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbaren<sup>730</sup>. Auch wenn sich die Literatur hinsichtlich der ausdrücklichen Vereinbarung der Übertragung sämtlicher zukünftiger Nutzungsrechte auf die Globalübertragung des Urheberrechts bezieht, muss dasselbe gestützt auf den Grundsatz *a maiore ad minus* auch für die Lizenzierung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse gelten. Da alle Creative-Commons-Lizenzen die Nutzungsrechte ausdrücklich auch für noch nicht bekannte Nutzungsarten einräumen<sup>731</sup>, beziehen sich die Creative-Commons-Lizenzen somit auf sämtliche zukünftige Nutzungsrechte.

## **2. Vertragsrechtliche Fragestellungen**

### **2.1. Abgrenzungen**

Bevor auf die einzelnen vertragsrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Lizenzen eingegangen wird, sind diese von anderen Rechtsinstituten abzugrenzen.

#### **2.1.1. Ein- oder zweiseitiges Rechtsgeschäft**

Im (noch) überwiegenden Regelfall erfolgt die Verfügung über Urheberrechte durch den Urheber zugunsten einer einzigen – natürlichen oder juristischen – Person. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass der Urheber über sein Urheberrecht zugunsten mehrerer Personen oder sogar zugunsten der Allgemeinheit verfügen kann<sup>732</sup>. Einer Verfügung zugunsten einer unbestimm-

---

<sup>728</sup> BARRELET/EGLOFF, N 9 zu Art. 16; HILTY, Urheberrecht, N 274; DE WERRA, in: Müller/Oertli, N 29 zu Art. 16; NEFF/ARN, SIWR II/2, 275; REHBINDER/VIGANÒ, N 3 zu Art. 16; WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 301, verweist hierzu auf Art. 81 Abs. 2 URG; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 28; VON BÜREN/MEER, 245.

<sup>729</sup> So BARRELET/EGLOFF, N 9 zu Art. 16; NEFF/ARN, SIWR II/2, 275.

<sup>730</sup> Siehe etwa VON BÜREN/MEER, 245; REHBINDER/VIGANÒ, N 3 zu Art. 16; DE WERRA, in: Müller/Oertli, N 32 zu Art. 16; HILTY, Urheberrecht, N 274.

<sup>731</sup> Vgl. Ziffer 3 letzter Absatz der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>732</sup> REHBINDER/VIGANÒ, N 13 zu Art. 16.

ten Anzahl von Personen stehen auch keine faktischen Probleme entgegen, zumal die Nutzung von immateriellen Gütern aufgrund ihrer Nicht-Rivalität durch beliebig viele Personen ohne gegenseitige Einschränkung möglich ist. Nicht ganz einfach ist freilich die dogmatische Einordnung einer solchen Verfügung zugunsten der Allgemeinheit vor dem Hintergrund des herkömmlichen Verständnisses von Rechtsgeschäften.

Die h.L. und Rechtsprechung – zumindest in Kontinentaleuropa<sup>733</sup> – geht von der Rechtsnatur der Creative-Commons-Lizenzen als zweiseitige Rechtsgeschäfte zwischen den Rechteinhabern und jedem einzelnen Nutzer aus<sup>734</sup>. Dieser Meinung wird auch in der vorliegenden Arbeit gefolgt. Dennoch ergeben sich aufgrund der Besonderheiten des Creative-Commons-Vertragsverhältnisses im Gegensatz zu der herkömmlichen Konstellation von zwei sich gegenüberstehenden Parteien, die von der jeweils anderen Person Kenntnis haben und mit ihr in Kontakt stehen, einige Schwierigkeiten, die im Folgenden darzulegen sind<sup>735</sup>.

Insbesondere in den USA lassen sich vereinzelt Stimmen finden, die für eine Einordnung der Creative-Commons-Lizenzen als einseitiges Rechtsgeschäft plädieren<sup>736</sup>, wobei diese Qualifizierung jedoch nicht unumstritten ist<sup>737</sup>. Auch in Europa äussern sich vereinzelte Autoren dahingehend, im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Lizenzen von einem einseitigen Verzicht auf das Ausschliesslichkeitsrecht auszugehen<sup>738</sup>.

Wie noch aufgezeigt wird<sup>739</sup>, gehören die Creative-Commons-Verträge nach h.L. zu den heute zahlreich auftretenden Massenverträgen im Internet, bei denen der Offerent ein Angebot an unbestimmte Personen (sog. *Offerta ad incertas personas*<sup>740</sup>) abgibt. Dabei ist für den Offerenten ohne Bedeutung, wer sein Angebot annimmt. Von solchen zweiseitigen Rechtsgeschäften, die durch die Annahme einer *Offerta ad incertas personas* abgeschlossen werden, sind einseitige Rechtsgeschäfte abzugrenzen, bei denen die Rechtswirkung durch die Willens-

---

<sup>733</sup> Zur Qualifikation der Open-Content- und Open-Source-Lizenzen im anglo-amerikanischen Recht vgl. hinten 189 ff.

<sup>734</sup> ROSENKRANZ, 63 ff.; MANTZ, GRUR Int. 2008, 20; JAEGER/METZGER, MMR 2003, 432; PHILAPITSCH, Creative Commons, 85; LG Berlin, 08.10.2010, Az. 16 O 458/10, MMR 2011, 763 ff.; vgl. zu Open-Source-Software-Lizenzen WIDMER, OSS, 99 ff.; FRÖHLICH-BLEULER, OSS, 184; JAEGER/METZGER, OSS, 171 ff.; SPINDLER, Rechtsfragen Teil D N 2 ff.; LG Frankfurt a.M., 06.09.2006, Az. 2-6 O 224/06, CR 2006, 729; LG Berlin, 21.02.2006, Az. 16 O 134/06, CR 2006, 735; LG München I, 19.05.2004, Az. 21 O 6123/04, CR 2004, 775; vgl. auch die Urteile anderer europäischer Gerichte hinten 221 ff.; differenzierend HIETANEN, 105 f.

<sup>735</sup> Vgl. hinten 160 ff. und 229 ff.

<sup>736</sup> So z.B. LOREN, 319 ff.

<sup>737</sup> Vgl. hinten 192.

<sup>738</sup> Vgl. hierzu HIETANEN, passim, insbesondere 136 f.

<sup>739</sup> Vgl. hinten 162.

<sup>740</sup> Vgl. hierzu BSK OR I-BUCHER, N 13 zu Art. 3 sowie N 4 zu Art. 8.

erklärung einer Partei herbeigeführt wird<sup>741</sup>, die also keiner Annahme durch den Vertragspartner bedürfen. Zu diesen Rechtsgeschäften zählt nach h.L.<sup>742</sup> die in Art. 8 OR geregelte Auslobung<sup>743</sup>. In der Tat lassen sich bei der Analyse der Creative-Commons-Lizenzen einige Parallelen zur Auslobung finden. So begründet der Auslobende durch seine Erklärung ein suspensiv bedingtes Versprechen, bei dem die Erfüllung der Bedingung und damit das Entstehen der Obligation in der Erbringung einer Leistung durch den Berechtigten besteht<sup>744</sup>.

Analog zur Auslobung könnte im Angebot des Rechteinhabers eines Creative-Commons-lizenzierten Werks ein suspensiv bedingtes Versprechen gesehen werden, auf die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs bezüglich des Lizenzobjekts zu verzichten, sobald der Nutzer das betreffende Werk in einem die Schrankenbestimmungen übersteigenden Masse nutzt und solange sich diese Nutzung im Rahmen der Creative-Commons-Lizenz bewegt.

Für die Qualifikation der Creative-Commons-Lizenzen als einseitige Rechtsgeschäfte spricht die Tatsache, dass bei der Creative-Commons-Lizenzierung in gleicher Weise wie bei der Auslobung auf die Annahmeerklärung des Antragsempfängers verzichtet werden kann<sup>745</sup>. Die Notwendigkeit einer Annahmeerklärung auch bei unentgeltlichen Verträgen wie der Schenkung wird im Schweizer Recht damit begründet, dass der Antragsempfänger grundsätzlich davor geschützt werden soll, sich unentgeltliche Vorteile aufzwingen zu lassen<sup>746</sup>. Bei der Auslobung ist nach der h.L. nun ein solcher Schutz nicht nötig, da dem Berechtigten die Entscheidung obliegt, ob er die Leistung vornehmen will, die zur Entstehung der Obligation führt<sup>747</sup>. Ebenso verhält es sich bei den Creative-Commons-Lizenzen: Will sich der Nutzer die Vorteile, die er durch eine Creative-Commons-Lizenz erhält, nicht aufzwingen lassen, so kann er ganz einfach auf die Nutzung des Lizenzgegenstandes in einem die Schrankenbestimmungen übersteigenden Mass verzichten, womit kein Creative-Commons-Vertragsverhältnis zustande kommt<sup>748</sup>. Im Hinblick auf die Interessenlage des Antragsempfängers weisen der Tatbestand der Auslobung und der Einsatz einer Creative-Commons-Lizenz somit durchaus Parallelen auf.

---

<sup>741</sup> B. BERGER, Schuldrecht, N 244; KOLLER, § 3 N 37.

<sup>742</sup> Die frühere Rechtsprechung und Lehre qualifizierte die Auslobung als *Offerta ad incertas personas*, die durch Erbringung der Leistung (also mittels Realakzept) angenommen werde, vgl. etwa BGE 39 II 591, E. 7; siehe zur früher vorherrschenden Vertragstheorie auch BSK OR I-BUCHER, N 5 ff. zu Art. 8.

<sup>743</sup> BSK OR I-BUCHER, N 6 zu Art. 8; BK-SCHMIDLIN, N 12 ff. zu Art. 8 OR; BK-BECKER, N 5 zu Art. 8 OR; a.M. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 37 zu Art. 8 OR; MERZ, N 267.

<sup>744</sup> BSK OR I-BUCHER, N 15 zu Art. 8; KUKO OR-WIEGAND, N 3 f. zu Art. 8.

<sup>745</sup> Vgl. hinten 165 ff.

<sup>746</sup> KOLLER, § 26 N 16.

<sup>747</sup> KOLLER, § 26 N 16.

<sup>748</sup> Vgl. hinten 167.

Gemäss BUCHER kann ein Sachverhalt dann unter den Tatbestand der Auslobung subsumiert werden, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Formell muss sich die Verpflichtungserklärung an eine unbestimmte Personenmehrheit richten und durch eine Leistung des Berechtigten bedingt sein. Materiell muss der betreffende Sachverhalt einen Bezug zur Auslobung aufweisen<sup>749</sup>.

Die formellen Voraussetzungen sind bei der Creative-Commons-Lizenzierung erfüllt. Zum einen richtet sich das Angebot an einen unbestimmten Personenkreis, zum anderen kann in der Bedingung zur Nutzung des Lizenzgegenstandes über die Schrankenbestimmungen hinaus eine Leistung des Erklärungsempfängers gesehen werden, durch deren Erbringung das erklärte Versprechen – die Geltendmachung des Ausschliesslichkeitsrechts zu unterlassen – Wirkung entfaltet. Während die formellen Voraussetzungen der Auslobung somit erfüllt sind, fehlt es allerdings an der materiellen Voraussetzung des Sachbezugs zur Auslobung. BUCHER lässt zwar ein erweitertes Verständnis des Begriffs der Auslobung zu, nennt aber als zwingende Voraussetzung das zweifelsfreie Vorliegen des Eigeninteresses des Erklärenden an der durch seine Erklärung geschaffenen Rechtslage<sup>750</sup>. Genau diese Voraussetzung ist beim Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen nicht immer zweifelsfrei gegeben, denn ein Rechteinhaber, der sein Werk unter eine Creative-Commons-Lizenz stellt, handelt oftmals (auch) aus altruistischen Motiven.

Zudem unterscheidet sich der Tatbestand der Auslobung auch in anderer Hinsicht von dem der Creative-Commons-Lizenzierung. So hat insbesondere die Nutzung des Lizenzgegenstandes durch den Nutzer die Begründung eines bedingten Dauerschuldverhältnisses zur Folge, während dessen er sich an die Lizenzbestimmungen zu halten hat<sup>751</sup>. Im Gegensatz dazu hat der Empfänger bei der Auslobung durch die Erbringung der Leistung seine Pflicht bereits erfüllt und erhält im Gegenzug dazu ein Forderungsrecht gegenüber dem Auslobenden<sup>752</sup>. Zudem begründet allein die Leistungserbringung des Auslobungsempfängers die Leistungspflicht des Auslobenden<sup>753</sup>. Bei der Creative-Commons-Lizenzierung ist die Leistung des Creative-Commons-Lizenzgebers, die im Unterlassen der Geltendmachung des Ausschliesslichkeitsrechts besteht, erneut dadurch bedingt, dass sich der Berechtigte an die Lizenzbestimmungen hält.

---

<sup>749</sup> BSK OR I-BUCHER, N 1 zu Art. 8.

<sup>750</sup> BSK OR I-BUCHER, N 20 zu Art. 8.

<sup>751</sup> Vgl. hinten 183 ff.

<sup>752</sup> Vgl. zum Bedingungseintritt bei der Auslobung BSK OR I-BUCHER, N 23 ff. zu Art. 8.

<sup>753</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 18 zu Art. 8.

Eine direkte Subsumtion der Creative-Commons-Lizenzen unter den Tatbestand der Auslobung nach Art. 8 OR ist aus den vorstehend genannten Gründen abzulehnen. Auch eine analoge Anwendung scheidet deshalb aus, da die genannte Bestimmung aufgrund ihres einseitigen Charakters einen Sondertatbestand der Entstehung von Obligationen durch Antrag und Annahme regelt<sup>754</sup>. Daraus wird umgekehrt geschlossen, dass ausserhalb des Geltungsbereichs von Art. 8 OR Obligationen nicht durch einseitige Erklärung entstehen können, weshalb eine analoge Anwendung von Art. 8 OR auf verwandte Tatbestände als nicht zulässig erachtet wird<sup>755</sup>.

Aus diesen Gründen lässt sich die Creative-Commons-Lizenzierung weder direkt noch analog als Auslobung und damit als einseitiges Rechtsgeschäft qualifizieren. Den vorstehenden Ausführungen zufolge wird in der vorliegenden Arbeit deshalb in Übereinstimmung mit der zumindest in Europa h.L.<sup>756</sup> vom Vorliegen eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts zwischen dem Creative-Commons-Lizenzgeber und -Lizenznehmer ausgegangen.

Die Qualifikation der Creative-Commons-Lizenz als zweiseitiges Rechtsgeschäft hat zur Folge, dass es für die Veröffentlichung eines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz grds. der Handlungsfähigkeit bedarf<sup>757</sup>. Überdies braucht es zum Zustandekommen des Creative-Commons-Vertrags eine Annahme im technischen Sinn, was voraussetzt, dass der Nutzer vom Angebot zum Vertragsschluss Kenntnis hat und dieses mit dem Willen, daran gebunden zu sein, annimmt<sup>758</sup>. Umgekehrt folgt daraus, dass kein Vertragsverhältnis zustande kommt, wenn ein Nutzer ein Werk ohne Wissen um die daran bestehende Lizenz nutzt<sup>759</sup>. Dies steht im Gegensatz zur Auslobung, bei der die Obligation unabhängig davon entsteht, ob der Leistungserbringer von der Auslobung Kenntnis hat<sup>760</sup>.

---

<sup>754</sup> BSK OR I-BUCHER, N 2 zu Art. 8.

<sup>755</sup> BSK OR I-BUCHER, N 2 zu Art. 8.

<sup>756</sup> So JAEGER/METZGER, MMR 2003, passim; ROSENKRANZ, 63 f.

<sup>757</sup> Vgl. hinten 122.

<sup>758</sup> Vgl. hinten 165.

<sup>759</sup> Freilich wird dieses Problem in der Praxis nie aktuell, weil sich der betreffende Nutzer nicht darauf berufen wird, es bestehe kein Lizenzvertrag – da ansonsten ja seine Nutzungsberechtigung wegfallen würde – und der Lizenzgeber ohnehin nichts gegen die (lizenzkonforme) Nutzung einzuwenden hat, zumal er der Allgemeinheit ein Benutzungsrecht an seinem Werk eingeräumt hat, vgl. auch hinten 168.

<sup>760</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen des Vorliegens eines ein- bzw. zweiseitigen Rechtsgeschäfts BSK OR I-BUCHER, N 7 ff. zu Art. 8.



### 2.1.2. Vertrag oder Gefälligkeit

Die Rechteeinräumung mittels einer Creative-Commons-Lizenz erfolgt gemäss ihrer Bestimmungen in jedem Fall unentgeltlich<sup>761</sup>. Im Hinblick auf diese Unentgeltlichkeit stellt sich deshalb zunächst die Frage, ob die Parteien überhaupt eine vertragliche Beziehung eingehen, oder ob nicht viel eher ein Gefälligkeitsverhältnis vorliegt. Im Gegensatz zum Vertrag fehlt den Parteien bei der Gefälligkeit der Rechtsbindungswille – auch Geschäfts- oder Rechtsfolgewille genannt<sup>762</sup>. Diesem Abgrenzungskriterium zufolge wird dann davon ausgegangen, dass ein Vertragsverhältnis vorliegt, wenn die Parteien unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben gemäss Verkehrssitte von einem Rechtsbindungswillen der jeweils anderen Partei ausgehen durften<sup>763</sup>. Als Folge des fehlenden Rechtsbindungswillens begründet das Gefälligkeitsverhältnis im Gegensatz zum unentgeltlichen Vertragsverhältnis keine Leistungserbringungspflicht<sup>764</sup>. Ob in einem konkreten Fall ein Vertrag oder eine Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Unterscheidungskriterien sind insbesondere die Art der Leistung, ihr Grund und Zweck, ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung, die Umstände, unter denen sie erbracht wird, sowie die bestehende Interessenlage der Parteien<sup>765</sup>. Für das Vorliegen eines Bindungswillens spricht das Vorhandensein eines rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesses der leistenden Partei an ihrem Tätigwerden oder ein erkennbares Interesse der begünstigten Partei, fachmännisch beraten und unterstützt zu werden<sup>766</sup>.

Mit der Generierung einer Creative-Commons-Lizenz und der Anfügung des Creative-Commons-Logos mit Verweis auf die Lizenzbedingungen macht der Lizenzgeber deutlich, dass sich sämtliche Nutzer des Werks an die Lizenzbedingungen zu halten haben. Damit kommt zum Ausdruck, dass seitens des Lizenzgebers der Wille besteht, eine Vertragsbeziehung unter Geltung bestimmter Bedingungen einzugehen. Zudem auferlegen die Creative-Commons-Lizenzen dem Lizenznehmer Pflichten<sup>767</sup>, deren Nichtbeachtung den Wegfall der

---

<sup>761</sup> Vgl. Ziffer 3 Absatz 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>762</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 171a; SCHWENZER, N 4.45 f.; HUGUENIN, N 1513; BK-BECKER, N 6 zu Art. 1 OR; BGE 116 II 695, E. 2a.

<sup>763</sup> EGGER, 1344 f.

<sup>764</sup> EGGER, 1344.

<sup>765</sup> BGE 116 II 695, E. 2 b. bb; BGE 129 III 181, E. 3.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 353b; SCHWENZER, N 4.46.

<sup>766</sup> BGE 116 II 695, E. 2 b. bb; BGE 129 III 181, E. 3.2.

<sup>767</sup> Wie z.B. die Pflicht zur Mitlieferung des Lizenztextes bei der Nutzung. Allerdings handelt es sich bei diesen Pflichten nicht um Vertragspflichten im technischen Sinn, sondern vielmehr um Bedingungen, deren Nichteinhaltung den Wegfall der Lizenz zur Folge haben, vgl. hinten 183.

betreffenden Lizenz zur Folge hat<sup>768</sup>. Im Hinblick auf die Existenz unentgeltlicher Verträge<sup>769</sup> lässt sich zudem allein gestützt auf die Unentgeltlichkeit kein Gefälligkeitsverhältnis annehmen<sup>770</sup>. Aus den genannten Gründen besteht zwischen den Parteien einer Creative-Commons-Lizenz eine Vertragsbeziehung und nicht lediglich ein Gefälligkeitsverhältnis.

### **2.1.3. Sachenrecht versus Immaterialgüterrecht**

Zur Beurteilung des Inhalts eines Creative-Commons-Vertrags ist dieser vom Vertrag über einen allfälligen Datenträger abzugrenzen. Da Creative-Commons-lizenzierte Inhalte überwiegend über das Internet verbreitet werden, steht die Frage nach der Abgrenzung zwischen dem sachenrechtlichen Rechtsgeschäft bezüglich des Datenträgers und dem immaterialgüterrechtlichen Rechtsgeschäft in Bezug auf die Nutzungsrechte nicht im Vordergrund. Dennoch ist es denkbar, dass z.B. ein Urheber seine CD oder Bücher mit dem Symbol einer Creative-Commons-Lizenz bedruckt und anschliessend verbreitet. Hier muss zwischen dem schuldrechtlichen Erwerbsgeschäft und der Einräumung der Nutzungsrechte an dem erworbenen Gegenstand unterschieden werden. Letztere wird erst dann nötig, wenn der Lizenzgegenstand über die Schrankenbestimmungen hinaus weiterverbreitet, vervielfältigt oder bearbeitet werden soll<sup>771</sup>. Für den blossen Werkgenuss hingegen, also das Hören der CD oder das Lesen des Buches, benötigt der Nutzer noch keine Rechteeinräumung<sup>772</sup>.

### **2.1.4. Obligatorische versus dingliche Rechteeinräumung**

Wie bereits ausgeführt, wird bei der rechtsgeschäftlichen Verfügung über Urheberrechte zwischen der absolutrechtlich wirkenden Übertragung und der obligatorisch wirkenden Lizenzerteilung unterschieden<sup>773</sup>. Veröffentlicht ein Urheber sein Werk unter einer Creative-Commons-Lizenz, will er die Nutzungsrechte daran nicht an einen Dritten übertragen, sondern diesem, unter Beibehaltung seiner eigenen urheberrechtlichen Verwertungsrechte, die Nutzung seines Werks ermöglichen. Es kommt somit nicht zu einem Wechsel in der Rechteinhaberschaft, wie dies beim rechteübertragenden Vertrag der Fall ist<sup>774</sup>. Aus diesem Grund stellt die Verbreitung eines Werks unter Creative Commons keine Rechteübertragung, son-

---

<sup>768</sup> Vgl. Ziffer 7 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>769</sup> Wie z.B. der Schenkungsvertrag gemäss Art. 239 Abs. 1 OR oder der unentgeltliche Auftrag nach Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 OR.

<sup>770</sup> SCHWENZER, N 4.46.

<sup>771</sup> Vgl. hinten 167.

<sup>772</sup> Vgl. hinten 166.

<sup>773</sup> Vgl. vorne 108.

<sup>774</sup> Vgl. STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 26.

dem vielmehr eine obligatorisch wirkende Rechteeinräumung dar. Durch die Qualifizierung des Creative-Commons-Vertragsverhältnisses als rein obligatorisch entfällt auch die Unterscheidung zwischen dem obligatorisch wirkenden Verpflichtungsgeschäft und dem die Rechteinhaberschaft ändernden Verfügungsgeschäft. Dies ist für die Rechteübertragung als Austauschvertrag typisch, zumal für die Lizenzierung nur das Verpflichtungsgeschäft nötig ist, bei dem sich der Lizenzgeber verpflichtet, dem Berechtigten die Nutzung des Lizenzgegenstandes zu erlauben<sup>775</sup>.

## **2.2. Qualifikation der vertraglichen Beziehung**

### **2.2.1. Vorliegen eines Innominatkontrakts**

Gegenstand der hier zu untersuchenden Creative-Commons-Verträge sind Rechte an Werken (bzw. verwandte Schutzrechte) i.S.d. Urheberrechts. Da der Creative-Commons-Vertrag im Gesetz nicht geregelt ist, handelt es sich um einen Innominatkontrakt<sup>776</sup>. Im Bereich des Urheberrechts sind vertragsrechtliche Bestimmungen lediglich in den Art. 380 ff. OR zu finden, die den Verlagsvertrag regeln. Im Übrigen herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der allerdings durch die zwingenden gesetzlichen Schrankenbestimmungen und die Bestimmungen zu den gesetzlichen Lizenzen eingeschränkt wird<sup>777</sup>.

Die Begriffsverwendung im Zusammenhang mit Innominatkontrakten ist in der Lehre uneinheitlich. Grundsätzlich werden sie in gemischte Verträge und in Innominatkontrakte eigener Art (*sui generis*) unterteilt<sup>778</sup>. Abzugrenzen sind Innominatkontrakte von den zusammengesetzten Verträgen<sup>779</sup>. Ebenfalls keine Innominatkontrakte sind die sog. typischen Verträge mit Beimischung. Darunter versteht man Verträge mit einem atypischen Element, dem jedoch nur untergeordnete Bedeutung zukommt, sodass das Recht des vorherrschenden Vertragstypus den ganzen Vertrag beherrscht<sup>780</sup>.

---

<sup>775</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 288.

<sup>776</sup> Unter den Begriff des Innominatkontrakts fallen sämtliche Verträge, die weder im Besonderen Teil des Obligationenrechts noch in Spezialgesetzen eine spezifische Regelung erfahren haben, statt vieler BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 5 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>777</sup> BARRELET/EGLOFF, N 3 f. zu Art. 16; vgl. auch NEFF/ARN, SIWR II/2, 269.

<sup>778</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 252; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 157; HUGUENIN, N 3672 sowie N 3681 ff.; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 8 zu Einl. vor Art. 184 ff.; KUKO OR-KIKINIS, N 3 zu Einl. vor Art. 184 ff.; FENNERS/KÜFFER, 5.

<sup>779</sup> Von einem zusammengesetzten Vertrag wird gesprochen, wenn zwei (oder mehrere) separat geschlossene Verträge funktionell zusammenhängen. Zum Begriff des zusammengesetzten Vertrags vgl. OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 12 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>780</sup> FENNERS/KÜFFER, 6; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 9 zu Einl. vor Art. 184 ff.

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre gehen dann vom Vorliegen eines gemischten Vertrags aus, wenn ein Innominatkontrakt aus Elementen verschiedener Nominatverträge besteht, die im Hinblick auf Leistung und Gegenleistung eine Vertragseinheit bilden. Ein Innominatkontrakt *sui generis* liegt nach dieser Ansicht hingegen vor, wenn sich ein Vertrag nur oder zu einem grossen Teil aus Elementen zusammensetzt, die in keinem gesetzlichen Vertragstyp vorkommen<sup>781</sup>. Eine andere Lehrmeinung versteht den Begriff des gemischten Vertrags in einem weiteren Sinn und subsumiert darunter neben Kombinationen aus gesetzlich geregelten Verträgen auch Innominatkontrakte, die verschiedene Elemente gesetzlich nicht geregelter Vertragstypen auf sich vereinen<sup>782</sup>. Für das Vorliegen eines Innominatkontrakts *sui generis* ist nach dieser Meinung hingegen eine eigentliche Neuschöpfung mit besonderer innerer Einheit und nicht nur eine Mischung von Elementen aus verschiedenen Vertragstypen nötig<sup>783</sup>.

Zu einigen, immer wieder auftretenden Innominatkontrakten wurden durch Rechtsprechung und Lehre Regeln entwickelt, die es ermöglichen sollen, solche Verträge ebenso behandeln zu können wie Nominatkontrakte<sup>784</sup>. Zu diesen verkehrsüblichen Innominatkontrakten gehört auch der Lizenzvertrag, der seinerseits einen Innominatkontrakt *sui generis* darstellt<sup>785</sup>. Die objektiv wesentlichen Punkte solcher Verträge sind vorerst der Rechtsprechung und Lehre zu entnehmen<sup>786</sup>. Hernach ist auf die Übung, Bräuche und Usanzen abzustellen<sup>787</sup> und in einem letzten Schritt nach den allgemeinen Prinzipien vorzugehen, sodass i.d.R. diejenigen Punkte als objektiv wesentlich zu betrachten sind, die weder vom dispositiven Recht noch durch den Richter bestimmt werden können<sup>788</sup>.

Im Hinblick auf die Einordnung der Creative-Commons-Verträge als gemischte Verträge oder Verträge *sui generis* stellt sich also die Frage nach deren Verhältnis zu den im Gesetz geregelten Vertragstypen<sup>789</sup>. Dazu sind zuerst der eigentliche Inhalt der Creative-Commons-Verträge bzw. deren wesentliche Elemente zu ermitteln; danach gilt es zu beurteilen, ob diese Elemente

---

<sup>781</sup> BGer. 4C.313/2004 vom 21.01.2005, E. 1.2; so auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 252.

<sup>782</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 9 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>783</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 11 zu Einl. vor Art. 184 ff.; HUGUENIN, N 3690; A. MEIER, 552; vgl. auch HILTY, Lizenzvertragsrecht, 157 f., welcher noch eine weitergehende Unterteilung vornimmt.

<sup>784</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 7 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>785</sup> Statt vieler NEFF/ARN, SIWR II/2, 271.

<sup>786</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 7 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>787</sup> BK-KRAMER, N 154 zu Art. 1 OR.

<sup>788</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 7 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>789</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 158.

ganz oder teilweise unter einen oder mehrere gesetzlich geregelte oder nicht geregelte Vertragstypen subsumiert werden können.

## **2.2.2. Wesentliche Elemente des Creative-Commons-Vertrags**

### **2.2.2.1. Vertragsparteien**

#### **2.2.2.1.1. Lizenzgeber**

Als Lizenzgeber der Creative-Commons-Lizenzen gilt die Person, die den Lizenzgegenstand unter der betreffenden Lizenz zur Verfügung stellt<sup>790</sup>. Daraus folgt, dass nicht nur der Urheber selbst, sondern auch jede (natürliche oder juristische) Person oder Personengruppe, welche die Urheberrechte derivativ erworben hat, als Lizenzgeber auftreten kann.

a) Unproblematisch ist die Lizenzierung durch den Urheber, der noch im Besitze aller Rechte ist, da dem Urheber das ausschliessliche Recht zusteht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet werden darf<sup>791</sup>. Hat der Urheber seine Rechte an eine andere Person abgetreten, ist er nicht mehr Inhaber dieser Rechte und kann sie folglich Dritten nicht mehr mittels einer Creative-Commons-Lizenz einräumen<sup>792</sup>. Wurden die Rechte lediglich lizenziert und nicht übertragen<sup>793</sup>, hängt die Möglichkeit einer parallelen Lizenzierung mittels einer Creative-Commons-Lizenz von der Art der Rechteeinräumung ab. Ist der Lizenznehmer Inhaber einer ausschliesslichen Lizenz, ist der Urheber selber nicht mehr berechtigt, über den Lizenzgegenstand zu verfügen und kann auch Dritten keine weiteren Nutzungsrechte am Lizenzgegenstand einräumen<sup>794</sup>. Ist die bereits erteilte Lizenz hingegen einfacher Natur, bleibt dem Urheber als Lizenzgeber die Möglichkeit, Dritten weitere Lizenzen zu erteilen<sup>795</sup>, womit die Möglichkeit, das Werk unter einer Creative-Commons-Lizenz zu veröffentlichen, bestehen bleibt.

b) Weiter stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer Creative-Commons-Lizenzierung, wenn an dem betreffenden Werk mehreren Personen Rechte zustehen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn mehrere Personen an der Werkschöpfung teilhaben, ob nun in der Form

---

<sup>790</sup> Vgl. unter der Überschrift „Lizenz“ vor Ziffer 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>791</sup> Art. 10 Abs. 1 URG.

<sup>792</sup> Dies führt insbesondere im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft in Verwertungsgesellschaften zu Problemen, vgl. dazu hinten 248 ff.

<sup>793</sup> Zur Unterscheidung zwischen obligatorisch und dinglich wirkender Übertragung vgl. vorne 116.

<sup>794</sup> Vgl. vorne 109.

<sup>795</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 242 f.; STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 24.

der Miturheberschaft gemäss Art. 7 URG oder bei der Schöpfung eines verbundenen Werks<sup>796</sup>.

Liegt Miturheberschaft vor, so ist die Lizenzierung des Gesamtwerks in jedem Fall nur mit Zustimmung sämtlicher Berechtigter möglich, zumal die Lizenzierung die Stellung sämtlicher Berechtigter beeinträchtigt<sup>797</sup>. Lassen sich die Beiträge der einzelnen Miturheber voneinander trennen, kann ein Miturheber seinen Werkteil dann unabhängig von der Zustimmung der übrigen unter eine Creative-Commons-Lizenz stellen, wenn dadurch die Verwertung des gemeinsamen Werks nicht beeinträchtigt wird<sup>798</sup>. So kann etwa ein Filmkomponist die Musik, die er eigens für ein bestimmtes Filmwerk komponiert hat, ohne Zustimmung der übrigen Miturheber unter einer Creative-Commons-Lizenz weiterverbreiten.

Bei der Bearbeitung müssen die einzelnen Rechtsbeziehungen strikt auseinander gehalten werden. Während dem Urheber des Ausgangswerks ein Urheberrecht an eben diesem Werk zukommt, hat der Bearbeiter ein Urheberrecht am Werk zweiter Hand<sup>799</sup>. Da die Verwendung des Werks zweiter Hand in jedem Fall die Rechte des Ersturhebers tangiert, darf dieses nur mit Zustimmung des Rechteinhabers am Ausgangswerk lizenziert werden<sup>800</sup>. Lediglich wenn sich der Beitrag des Bearbeitenden vom Ausgangswerks trennen lässt, kann dieser neue Beitrag – und nur dieser – ohne Zustimmung des Ersturhebers lizenziert werden. Handelt es sich beim Ausgangswerk um ein bereits Creative-Commons-lizenziertes Werk, das die Bearbeitung erlaubt und wird dieses bearbeitet, stehen dem Nutzer der Bearbeitung zwei Lizenzgeber gegenüber: zum einen der Urheber des Ausgangswerks, zum anderen derjenige der Bearbeitung, da durch die Creative-Commons-Lizenzen keine Lizenzketten entstehen<sup>801</sup>, der Nutzer eines Werks also gegenüber weiteren Nutzern nie zum Unterlizenzgeber wird<sup>802</sup>. Das hat wiederum zur Folge, dass sich die Creative-Commons-Lizenz, die der Bearbeiter für seine Bearbeitung wählt, nur auf die Urheberrechte des Bearbeiters am Werk zweiter Hand, nicht aber auf die Urheberrechte des Ersturhebers bezieht.

In der aktuellen Version 3.0 der Creative-Commons-Lizenzen ist es dem Bearbeiter freigestellt, unter welcher Lizenz er seine Bearbeitung weiterverbreiten will, auch wenn dadurch die

---

<sup>796</sup> Zur gemeinschaftlichen Werkschöpfung vgl. vorne 84.

<sup>797</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 67; MARBACH, 163; vgl. auch vorne 86.

<sup>798</sup> Vgl. vorne 86.

<sup>799</sup> Vgl. vorne 81.

<sup>800</sup> Vgl. vorne 81 sowie Art. 3 Abs. 4 URG.

<sup>801</sup> Vgl. Ziffer 8 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>802</sup> Zur Unterlizenzierung vgl. sogleich 126.

unbefriedigende Situation entstehen kann, dass die Nutzung der Bearbeitung faktisch nicht im gesamten Umfang der gewählten Lizenz möglich ist, weil das Ausgangswerk unter einer strikteren Lizenz steht. Zudem besteht auch die Gefahr, dass sich die Nutzer der Bearbeitung nicht im Klaren darüber sind, dass an der Bearbeitung auch Rechte des Ersturhebers bestehen, für die allenfalls eine andere Lizenz gilt<sup>803</sup>. Um diese komplizierte Situation für die Nutzer zu vereinfachen, wurde im Rahmen des Entwurfsprozesses der Version 4.0 darüber diskutiert, die Verbreitung einer Bearbeitung nur unter einer Lizenz zu erlauben, welche höchstens die gleichen Rechte wie die Lizenz einräumt, unter der das Ausgangswerk steht<sup>804</sup>. Der aktuelle Entwurf der Version 4.0 sieht dies jedoch nicht vor. Allerdings enthält die Version 4.0 bereits in der Einleitung eine Klarstellung bezüglich der Möglichkeit, dass an einem Creative-Commons-lizenzierten Werk noch Rechte Dritter bestehen, deren Zustimmung vor bestimmten Nutzungshandlungen einzuholen ist<sup>805</sup>.

Der Unterschied zur Klausel *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* würde bei einer solchen Regelung darin bestehen, dass der Urheber der Bearbeitung auch eine striktere Lizenz für die Bearbeitung wählen kann – und damit den Nutzern an der Bearbeitung weniger Rechte einräumt als am Ausgangswerk bestehen –, während eine Bearbeitung eines Werks unter einer Lizenz mit der Bedingung *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* unter keine restriktivere Lizenz gestellt werden darf.

Auch bei der Lizenzierung eines Sammelwerks muss zwischen dem Urheberrecht am Sammelwerk als solchem und den (soweit überhaupt bestehenden) Urheberrechten an den einzelnen Inhalten unterschieden werden. Wird das Sammelwerk als solches unter eine Creative-Commons-Lizenz gestellt, bezieht sich diese nur auf das Recht am Sammelwerk selbst, nicht aber auf die einzelnen Inhalte. Wird also z.B. eine Zeitung unter eine Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell* gestellt, darf zwar jeder die Auswahl und Anordnung des Inhalts unter Namensnennung und für nichtkommerzielle Zwecke übernehmen, muss im Übrigen aber die Erlaubnis für die Rechteaübung an den einzelnen Beiträgen bei den betreffenden Rechteinhabern einholen.

---

<sup>803</sup> Zwar wird im Creative-Commons-Lizenztext klargestellt, dass Rechte Dritter am Lizenzgegenstand vorbehalten bleiben. Ob die Nutzer sich dessen aber auch tatsächlich bewusst sind, ist zumindest fraglich.

<sup>804</sup> Vgl. [http://wiki.creativecommons.org/4.0/Treatment\\_of\\_adaptations](http://wiki.creativecommons.org/4.0/Treatment_of_adaptations). Im Entwurf ist eine solche Regelung allerdings nicht vorgesehen, vgl. Section 3 lit. b des im Anhang B abgedruckten Entwurfs zur Version 4.0.

<sup>805</sup> Vgl. Absatz 2 unter der Überschrift „Public License“ des im Anhang B abgedruckten Entwurfs zur Version 4.0.

c) Da auch handlungsunfähige Personen Inhaber von Urheberrechten sein können<sup>806</sup>, stellt sich die Frage, ob sie in rechtlicher Hinsicht ebenso in der Lage sind, als Lizenzgeber im Rahmen eines Creative-Commons-Vertrags aufzutreten. Gerade im Bereich der Werkverbreitung im Internet kommt es nicht selten zur Verwendung von Creative-Commons-Lizenzen durch urteilsfähige Minderjährige. In Bezug auf die rechtsgeschäftliche Verpflichtung unterliegt das Urheberrecht von urteilsfähigen handlungsunfähigen Personen der Verwaltung des gesetzlichen Vertreters<sup>807</sup>, zumal für die Eingehung einer vertraglichen Verpflichtung grundsätzlich Handlungsfähigkeit vorausgesetzt wird<sup>808</sup>. Nur soweit ein handlungsunfähiger Rechteinhaber selbst urteilsfähig<sup>809</sup> ist, kann er sich rechtlich verpflichten, jedoch auch dann nur durch solche Geschäfte, mit denen keine Risiken verbunden sind<sup>810</sup> bzw. im Umfang seines freien Vermögens<sup>811</sup>. Wie noch aufgezeigt wird<sup>812</sup>, trifft den Lizenzgeber der Creative-Commons-Lizenz weder eine Gewährleistungspflicht noch eine Haftung – zumindest solange keine absichtliche Schädigung vorliegt. Da mit der Creative-Commons-Lizenzierung somit keine Risiken verbunden sind, können auch urteilsfähige handlungsunfähige Personen als Creative-Commons-Lizenzgeber auftreten.

d) Denkbar ist, dass neben dem Urheber auch Dritte ein Interesse daran haben, ein Werk unter eine Creative-Commons-Lizenz zu stellen. Dazu muss der Urheber dem Dritten die nötigen Rechte übertragen. Diese variieren je nach gewünschter Lizenz. Will der Dritte das Werk unter einer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung* verbreiten, muss ihm der Urheber jegliche Nutzungsrechte gemäss Art. 10 URG sowie insbesondere auch das Bearbeitungsrecht einräumen. Um allfällige Unklarheiten bezüglich der Zulässigkeit der Weiterlizenzierung unter einer Creative-Commons-Lizenz auszuschliessen, kann es unter Umständen ratsam sein, dass der Urheber den Lizenzgegenstand vor der Rechteübertragung an den Dritten unter eine Creative-Commons-Lizenz stellt bzw. dass ausdrücklich auf die Zulässigkeit der betreffenden Weiterlizenzierung Bezug genommen wird<sup>813</sup>. Schliesslich muss der Urheber den Dritten zur Unterlizenzierung ermächtigt haben.

---

<sup>806</sup> Vgl. vorne 84.

<sup>807</sup> Art. 19 Abs. 1 ZGB; BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, N 7 zu Art. 19.

<sup>808</sup> Art. 12 ZGB; BSK OR I-BUCHER, N 32 zu Art. 1; B. BERGER, Schuldrecht, N 311.

<sup>809</sup> Art. 16 ZGB.

<sup>810</sup> Art. 19 Abs. 2 ZGB; BSK OR I-BUCHER, N 32 zu Art. 1.

<sup>811</sup> HILTY, Urheberrecht, N 132; BSK ZGB I-BREITSCHMID, N 1 zu Art. 321/322.

<sup>812</sup> Vgl. hinten 180.

<sup>813</sup> JAEGER/METZGER, MMR 2003, 433.



e) Die Lizenzierung durch den Lizenznehmer in Form einer Unterlizenzierung wird von den Creative-Commons-Vertragsbestimmungen ausdrücklich verboten<sup>814</sup>. Der Lizenznehmer kann im Rahmen einer Creative-Commons-Lizenzierung somit nicht zum Unterlizenzgeber werden. Das verdeutlicht auch die in den Creative-Commons-Lizenztexten enthaltene Bestimmung, wonach der Lizenzgeber dem Empfänger eines Vervielfältigungsstücks des Lizenzgegenstandes eine Lizenz am Lizenzgegenstand selbst einräumt, unabhängig davon, ob der Empfänger dieses Vervielfältigungsstück vom Lizenzgeber oder aber vom Lizenznehmer erhalten hat<sup>815</sup>. Dies gilt auch für den Fall der Lizenzierung einer Bearbeitung eines Creative-Commons-lizenzierten Werks, zumal diejenigen Creative-Commons-Lizenzen, welche die Bearbeitung zulassen, auch eine direkte Rechteeinräumung an den Nutzer der Bearbeitung vorsehen<sup>816</sup>.

Aus dem Verbot zur Unterlizenzierung und aufgrund der direkten Rechteeinräumung an Dritte durch den Lizenzgeber folgt, dass keine Lizenzierungskette entsteht<sup>817</sup>. Mit der Regelung, dass der Nutzungsvertrag jeweils direkt zwischen dem ursprünglichen Lizenzgeber und den Nutzern zustande kommt, soll verhindert werden, dass der als Vermittler auftretende Nutzer die Bedingungen, unter denen er die Lizenz erhalten hat, bei der Weitergabe an den Zweiterwerber abändern kann<sup>818</sup>. Dogmatisch stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob dem Vermittler zwischen dem Lizenzgeber und dem Dritterwerber die Stellung eines Boten oder aber eines Stellvertreters i.S.v. Art. 32 OR zukommt<sup>819</sup>. Im Unterschied zum Stellvertreter, der eine eigene Erklärung anstelle eines anderen abgibt, leitet der Bote eine fremde Erklärung nur weiter<sup>820</sup>. Ob einer Person die Eigenschaft als Stellvertreter oder als Bote zukommt, ist aus Sicht des Erklärungsempfängers unter Beizug des Vertrauensprinzips zu ermitteln<sup>821</sup>.

Bei der Übermittlung der Erklärung des Creative-Commons-Lizenzgebers zur Rechteeinräumung wird der Nutzer in der Regel davon ausgehen, dass es sich dabei um eine Erklärung des Lizenzgebers und nicht etwa um eine eigene Erklärung des als Vermittler auftretenden Lizenznehmers handelt. Überdies spricht die Gebundenheit des ersten Creative-Commons-

---

<sup>814</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>815</sup> Vgl. Ziffer 8 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>816</sup> Vgl. Ziffer 8 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>817</sup> Vgl. im Zusammenhang mit Open-Source-Lizenzen statt vieler WEBER, Freie Software, 56.

<sup>818</sup> Vgl. STROBEL, 780, betreffend die im Auftrag des Kompetenznetzwerks Universitätsverbund MultiMedia NRW erstellten Open-Content-Lizenzen.

<sup>819</sup> Vgl. bzgl. Open-Source-Software für das deutsche Recht SPINDLER/WIEBE, 873.

<sup>820</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1316; BSK OR I-WATTER, N 8 zu Art. 32.

<sup>821</sup> BSK OR I-WATTER, N 8 zu Art. 32; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 9 zu Vorbem. Art. 32–40 OR; SCHWENZER, N 40.07.

Lizenznehmers an die Erklärung des ursprünglichen Lizenzgebers für die Eigenschaft des ersten Lizenznehmers als Bote<sup>822</sup>. Auch die Entscheidung, ob er die Erklärung weitergeben will oder nicht, liegt nach der hier vertretenen Ansicht nicht beim ersten Lizenznehmer<sup>823</sup>. Dieser hat zwar die Wahl, ob er den Lizenzgegenstand überhaupt weiterverbreiten will. Nimmt er jedoch eine Weiterverbreitung vor, liegt der Entscheid betreffend die Übermittlung der Willenserklärung des Lizenzgebers an die potentiellen Zweiterwerber nicht bei ihm. Insofern ist er lediglich passiver Übermittler einer fremden Willenserklärung, womit er nicht als Stellvertreter handelt, sondern vielmehr als Bote<sup>824</sup>.

#### 2.2.2.1.2. Lizenznehmer

Als Lizenznehmer gilt jede Person, die den Lizenzgegenstand in einem über die Schrankenbestimmungen hinausgehenden Masse nutzt<sup>825</sup>. Nicht als Lizenznehmer auftreten kann derjenige, der zuvor gegen die Bedingungen der betreffenden Lizenz verstossen hat<sup>826</sup>.

In Bezug auf die persönlichen Voraussetzungen gilt für den Lizenznehmer dasselbe wie für den Lizenzgeber: Grundsätzlich wird für die Eingehung vertraglicher Verpflichtungen Handlungsfähigkeit vorausgesetzt<sup>827</sup>. Nicht handlungsfähige urteilsfähige Personen können nur dann Verträge schliessen, wenn sie dadurch unentgeltliche Vorteile erlangen<sup>828</sup>. Die Creative-Commons-Lizenzen nennen Bedingungen, deren Nichtbeachtung den Wegfall der eingeräumten Nutzungsrechte für den Lizenznehmer zur Folge haben. Wie noch eingehend erläutert wird, handelt es sich dabei um Resolutivbedingungen i.S.v. Art. 154 Abs. 1 OR, deren Verletzung lediglich den Wegfall des Vertragsverhältnisses zur Folge haben<sup>829</sup>. Allfällige Rechtsfolgen gestützt auf das Urheberrecht sind vom Vertrag unabhängig zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund kann auch ein urteilsfähiger Unmündiger oder Entmündigter als Lizenznehmer einen Creative-Commons-Vertrag abschliessen.

---

<sup>822</sup> Vgl. bzgl. Open-Source-Software für das deutsche Recht DEIKE, 13.

<sup>823</sup> A.M., allerdings für Open-Source-Software, DEIKE, 13.

<sup>824</sup> So auch für das deutsche Recht, ROSENKRANZ, 72; PLAß, 676 f.; STROBEL, 780.

<sup>825</sup> Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vgl. hinten 167.

<sup>826</sup> Vgl. die Definition des Lizenznehmers unter „Sie“ nach der Überschrift „Lizenz“ in der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>827</sup> Art. 12 ZGB.

<sup>828</sup> Art. 19 Abs. 2 ZGB sowie vorne 122.

<sup>829</sup> Vgl. hinten 183.

#### 2.2.2.2. Vertragsgegenstand

#### 2.2.2.3. Urheberrechtliche Werke und verwandte Schutzrechte

Die Creative-Commons-Lizenzen nennen als möglichen Lizenzgegenstand das urheberrechtlich geschützte Werk<sup>830</sup> sowie eine durch verwandte Schutzrechte geschützte Leistung<sup>831</sup>.

Grundsätzlich kann jedes Werk sowie jedes verwandte Schutzrecht i.S.d. Urheberrechts Gegenstand einer Creative-Commons-Lizenz sein. Nichtsdestotrotz empfiehlt die Creative-Commons-Organisation, für die Open-Content-Lizenzierung von Computerprogrammen nicht die Creative-Commons-Lizenzen, sondern die speziell dafür entwickelten Open-Source-Lizenzen zu verwenden<sup>832</sup>.

#### 2.2.2.4. Urheberrechtlich nicht (mehr) geschützte Inhalte

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass urheberrechtlich nicht schutzfähige Inhalte<sup>833</sup> oder Werke, deren urheberrechtlicher Schutz bereits abgelaufen ist, mittels einer Creative-Commons-Lizenz lizenziert werden. Grundsätzlich fragt sich, ob eine vertragliche Beschränkung der Nutzung urheberrechtlich nicht (mehr) geschützter Inhalte überhaupt zulässig ist. Dies kann letztlich jedoch offen bleiben. Inhalte, die aufgrund der Nichterfüllung der Voraussetzungen des Werkbegriffs keine Werke i.S.v. Art. 2 Abs. 1 URG darstellen, können aufgrund der Definition des Lizenzgegenstandes von vornherein gar nicht Gegenstand eines Creative-Commons-Vertragsverhältnisses sein. Dasselbe gilt auch für Werke, deren urheberrechtlicher Schutz bereits abgelaufen ist, zumal die Lizenz als Lizenzgegenstand nur solche Werke zulässt, die urheberrechtlich geschützt sind. Ausserdem ergibt sich aus den Lizenzbedingungen<sup>834</sup>, dass die Creative-Commons-Lizenz nach Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist automatisch endet. Die Unmöglichkeit der Creative-Commons-Lizenzierung nicht bzw. nicht mehr geschützter Inhalte deckt sich auch mit dem Open-Content-Gedanken, wonach Open-Content-Lizenzen dem Nutzer mehr Nutzungsrechte einräumen sollen als diesem von Gesetzes wegen ohnehin schon zustehen. Die Zulässigkeit nicht oder nicht mehr geschützter Inhalte und verwandter Schutzrechte würde diesem Gedanken zuwiderlaufen.

---

<sup>830</sup> Zum Werkbegriff vgl. vorne 74 ff.

<sup>831</sup> Auf die verwandten Schutzrechte wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen.

<sup>832</sup> [http://wiki.creativecommons.org/FAQ#Can\\_I\\_apply\\_a\\_Creative\\_Commons\\_license\\_to\\_software.3F](http://wiki.creativecommons.org/FAQ#Can_I_apply_a_Creative_Commons_license_to_software.3F).

<sup>833</sup> Die Eigenschaft als urheberrechtlich geschütztes Werk ist insbesondere im Zusammenhang mit Fotografien oftmals fraglich, vgl. hierzu vorne 77.

<sup>834</sup> Vgl. z.B. Ziffer 3 Absatz 1 sowie Ziffer 7 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

Das eben Ausgeführte gilt allerdings nur für Inhalte, die weltweit entweder nicht schutzfähig oder nicht mehr geschützt sind. Werden Inhalte unter einer Creative-Commons-Lizenz verbreitet, denen nur in einzelnen Ländern urheberrechtlicher Schutz zukommt, ist die Lizenz auch nur in diesen Ländern wirksam. Zudem kann ein Inhalt, der nicht (mehr) urheberrechtlich geschützt ist, dann Gegenstand einer Creative-Commons-Lizenz sein, wenn ihn jemand bearbeitet hat. Die Lizenz bezieht sich dann allerdings nur auf das Bearbeiterurheberrecht.

Auch wenn Creative Commons dem Rechteinhaber durch die sechs Standardlizenzen die Verbreitung seiner Werke vereinfachen will, stellt sich ihm aufgrund des Urheberrechts somit nach wie vor die schwierige Abgrenzungsfrage, ob seine Schöpfung überhaupt urheberrechtlich geschützt ist. Hinzu kommt die Problematik, dass wohl kein Rechteinhaber weiss, ob ihm an seinem Werk nicht in irgendeinem Land der Welt doch ein Urheberrecht zukommt, auch wenn dieses gemäss Schweizer Recht nicht geschützt ist. Diese Schwierigkeit bei der Beurteilung der bestehenden Rechte an einem Inhalt kann Creative Commons dem Rechteinhaber also nicht abnehmen. Für den Nutzer solcher Inhalte ergeben sich zwar keine nachteiligen Folgen, zumal es mangels eines urheberrechtlichen Schutzes zu keiner Verletzung eines Ausschliesslichkeitsrechts kommen kann. Freilich besteht hier aber das Problem, dass der Nutzer von manchen an sich zulässigen Handlungen abgehalten wird, da er aufgrund des Creative-Commons-Symbols davon ausgeht, es bestehe eine gültige Creative-Commons-Lizenz<sup>835</sup>.

#### 2.2.2.5. Umfang der eingeräumten Rechte

Der Lizenznehmer einer Creative-Commons-Lizenz erhält die Befugnis, den Lizenzgegenstand weltweit, lizenzgebührenfrei, nicht exklusiv und zeitlich unbeschränkt – d.h. bis zum Ablauf der gesetzlichen Schutzdauer – auf die nachfolgend in der betreffenden Lizenz beschriebene Weise zu nutzen<sup>836</sup>.

*Zeitlich* sind sämtliche Creative-Commons-Lizenzen auf die Dauer des gesetzlichen Schutzes des Lizenzgegenstandes beschränkt, was sich bereits aus dem Grundgedanken von Open Content ergibt, wonach der Zugang zu Werken und verwandten Schutzrechten sowie deren Nutzung erleichtert und gefördert werden soll, was nicht mehr nötig ist, wenn die gesetzliche Schutzfrist des Lizenzgegenstandes endet und dieser gemeinfrei wird.

---

<sup>835</sup> Zudem ist fraglich, ob gegenüber dem Lizenzgeber in bestimmten Fällen wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden können, wenn dieser sich als Inhaber von Rechten an einem Inhalt ausgibt, die in Wirklichkeit nicht bestehen.

<sup>836</sup> Vgl. Ziffer 3 Absatz 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

*Territorial* erstreckt sich die Lizenzeinräumung weltweit auf sämtliche Jurisdiktionen, die dem Lizenzgeber Rechte am Lizenzgegenstand einräumen<sup>837</sup>. Als Folge des im Urheberrecht herrschenden Territorialitätsprinzips wird dem Lizenznehmer mit der Creative-Commons-Lizenz somit ein Bündel nationaler Lizenzen eingeräumt<sup>838</sup>. In Bezug auf die Gültigkeit der Schweizer Creative-Commons-Lizenzen in anderen Rechtsordnungen stellen sich interessante Fragen betreffend das anwendbare Recht, auf die weiter hinten noch näher eingegangen wird<sup>839</sup>.

In *sachlicher Hinsicht* sind die Creative-Commons-Lizenzen als nicht exklusiv ausgestaltet, womit die Lizenzeinräumung an mehrere, verschiedene Personen sowie die Nutzung des Lizenzgegenstandes durch den Lizenzgeber selbst möglich bleiben<sup>840</sup>. Die sechs Creative-Commons-Lizenzen unterscheiden sich u.a. durch die von ihnen erfassten Nutzungsrechte. Nachfolgend wird zuerst auf die allen Lizenzen gemeinsamen und in einem weiteren Schritt auf die für einzelne Lizenzen spezifischen Nutzungsrechte eingegangen.

---

<sup>837</sup> Vgl. Ziffer 3 Absatz 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>838</sup> Vgl. zum Territorialitätsprinzip REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, N 218.

<sup>839</sup> Vgl. hinten 217 ff.

<sup>840</sup> Vgl. vorne 109.

#### 2.2.2.6. Eingeräumte Nutzungsrechte im Allgemeinen

Sämtliche Creative-Commons-Lizenzen erlauben es dem Lizenznehmer, den Lizenzgegenstand zu vervielfältigen<sup>841</sup>, ihn mit anderen Inhalten zu einem Sammelwerk<sup>842</sup> zu kombinieren und im Rahmen eines solchen Sammelwerks zu vervielfältigen<sup>843</sup>. Weiter wird dem Nutzer in jedem Fall gestattet, den Lizenzgegenstand oder Vervielfältigungen davon zu verbreiten<sup>844</sup>, direkt oder indirekt auf- bzw. vorzuführen sowie ihn anderswo wahrnehmbar zu machen bzw. ihn in der Weise zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben. Schliesslich wird dem Lizenznehmer das Recht eingeräumt, den Lizenzgegenstand durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen zu senden und weiterzusenden<sup>845</sup>.

Da Art. 22 Abs. 1 URG für das Weitersenderecht zwingend die kollektive Verwertung vorsieht, ist die Verfügungsmöglichkeit des Rechteinhabers über dieses Recht eingeschränkt.

Die Lizenzen *Namensnennung-Nicht kommerziell*, *Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung* sowie *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* erlauben die Nutzung des Lizenzgegenstandes nur zu nichtkommerziellen Zwecken<sup>846</sup>. Wie weit das Verbot der kommerziellen Nutzung reicht, ist eine der umstrittensten Fragen im Zusammenhang mit Creative Commons. Auf die schwierige Abgrenzung der kommerziellen von der nichtkommerziellen Nutzung wird zu einem späteren Zeitpunkt eingegangen<sup>847</sup>.

Von den Creative-Commons-Lizenzen nicht erfasst wird das Recht, Werkexemplare zu vermieten, da Art. 13 Abs. 1 URG das Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers bezüglich der Vermietung von Werkexemplaren durch einen Vergütungsanspruch ersetzt. In Bezug auf Lizenzgegenstände, die in digitaler Form vorliegen, ist das Vermietrecht jedoch ohnehin nicht

---

<sup>841</sup> Damit ist die Herstellung von Werkexemplaren gemeint. Zum Begriff der Herstellung von Werkexemplaren vgl. vorne 99 ff.

<sup>842</sup> Zum Begriff des Sammelwerks vgl. vorne 82.

<sup>843</sup> Vgl. Ziffer 3 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>844</sup> Dieses Recht erlaubt die Verbreitung des physisch verkörperten Lizenzgegenstandes. Zum Begriff der Verbreitung vgl. vorne 100 ff.

<sup>845</sup> Somit werden sämtliche Rechte in Art. 10 Abs. 2 lit. c URG erfasst, die insbesondere auch für das Zugänglichmachen des Lizenzgegenstandes im Internet benötigt werden, vgl. zu diesen Rechten vorne 107 ff.

<sup>846</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>847</sup> Vgl. hinten 244.

von grosser Relevanz, zumal die Herstellung einer Kopie in diesen Fällen ohne Weiteres möglich ist<sup>848</sup>.

Schliesslich erlauben alle Creative-Commons-Lizenzen, die eingeräumten Nutzungsrechte für sämtliche bereits bestehenden oder zukünftigen Nutzungsarten und in jedem bestehenden oder zukünftigen Medium und Format auszuüben<sup>849</sup>. Die Einräumung von Nutzungsrechten für zukünftige Nutzungsarten wird im Schweizer Recht von der h.L. grundsätzlich als zulässig erachtet<sup>850</sup>. Um die durch die Lizenz eingeräumten Nutzungsrechte für alle (auch zukünftigen) Nutzungsarten wahrnehmen zu können, erlauben sämtliche Creative-Commons-Lizenzen die hierzu erforderlichen technischen Änderungen des Werks wie insbesondere die Anpassung an andere Medien und Dateiformate<sup>851</sup>. Die Vornahme dieser notwendigen technischen Änderungen ist also auch dann erlaubt, wenn die Lizenz ein Bearbeitungsverbot enthält. Der Hinweis auf das Recht, technisch notwendige Änderungen vorzunehmen, um die Ausübung der eingeräumten Rechte in anderen Medien und Formaten zu ermöglichen, wäre aufgrund der Rechtslage in der Schweiz nicht nötig, da solche Änderungen aufgrund der technologieneutralen Konzeption des Urheberrechts ohnehin zulässig sind<sup>852</sup>. Die Problematik, dass technisch notwendige Änderungen meist eine Vervielfältigung des betreffenden Werks zur Folge haben, womit dem Urheber trotzdem ein Verbotsrecht zusteht, liegt bei der Creative-Commons-Lizenzierung nicht vor, da diese dem Nutzer von vornherein ein Vervielfältigungsrecht einräumen.

#### 2.2.2.7. Bearbeitungsrecht im Besonderen

Vier der sechs Creative-Commons-Lizenzen erlauben neben der von Gesetzes wegen schon zulässigen Umgestaltung auch die urheberrechtlich relevante Bearbeitung des Lizenzgegenstandes durch den Lizenznehmer<sup>853</sup>. Ausdrücklich erlaubt wird im Rahmen des Bearbeitungsrechts die Anfertigung von Übersetzungen unter Nutzung jeglicher Art von Medien<sup>854</sup> sowie die Vervielfältigung, Verbreitung, öffentliche Wiedergabe, das Senden, Weitersenden und das

---

<sup>848</sup> HIETANEN, 68.

<sup>849</sup> Vgl. Ziffer 3 letzter Absatz der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>850</sup> Vgl. vorne 110.

<sup>851</sup> PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 95; siehe Ziffer 3 letzter Absatz der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>852</sup> Vgl. vorne 93.

<sup>853</sup> Es sind dies die Lizenzen *Namensnennung*, *Namensnennung-Nicht kommerziell*, *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* sowie *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen*.

<sup>854</sup> Vgl. Ziffer 3 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

sonstwie Wahrnehmbarmachen des bearbeiteten Lizenzgegenstandes<sup>855</sup>. Das Recht, ein Werk zu bearbeiten, findet im Schweizer Recht allerdings seine Beschränkung in den Urheberpersönlichkeitsrechten. So schützt insbesondere Art. 11 Abs. 2 URG den Urheber selbst dann vor Änderungen des Werks, die sein Persönlichkeitsrecht verletzen, wenn derjenige, der die Abwandlung erstellt, gesetzlich oder vertraglich dazu befugt ist<sup>856</sup>. Insofern ist die Vertragsfreiheit im Zusammenhang mit dem Bearbeitungsrecht im Interesse des Urhebers eingeschränkt<sup>857</sup>. Die Creative-Commons-Lizenzbestimmungen statuieren allerdings einen generellen Vorbehalt zugunsten der Persönlichkeitsrechte des Urhebers<sup>858</sup>, um die Gefahr zu verringern, dass die Creative-Commons-Lizenzen insgesamt oder zumindest einzelne Klauseln (wie das Bearbeitungsrecht) als ungültig erklärt werden könnten<sup>859</sup>.

Erstellt ein Nutzer eine Bearbeitung gestützt auf ein vorbestehendes Creative-Commons-lizenziertes Werk, ist er durch die Lizenzbedingungen verpflichtet, die für das Ausgangswerk bestehenden Urheberrechtsvermerke vollständig beizubehalten<sup>860</sup>. Das gilt insbesondere auch für die Information darüber, unter welcher Creative-Commons-Lizenz das verwendete Originalwerk steht. Nötig ist dies deshalb, weil der Nutzer einer Bearbeitung zwei verschiedenen Lizenzgebern gegenübersteht<sup>861</sup>, nämlich zum einen dem Lizenzgeber des vorbestehenden Werks in Bezug auf die Rechte, die diesem an seinem (Original-)Werk zukommen, zum anderen dem Bearbeiter bezüglich dessen Rechte an der Bearbeitung. Denn die Lizenz, unter der die Bearbeitung des Ausgangswerks verbreitet wird, umfasst nur jene Rechte, die beim Bearbeiter durch die Bearbeitung des ursprünglichen Werks entstehen. Da der Bearbeiter durch die Creative-Commons-Lizenz nicht zur Unterlizenzierung berechtigt wird, steht der Nutzer der Bearbeitung bezüglich der Rechte am vorbestehenden Werk somit direkt dem Lizenzgeber des Originalwerks gegenüber, hat also mindestens mit zwei verschiedenen Lizenzgebern eine Rechtsbeziehung.

Der Umstand, dass dem Urheber des Ausgangswerks an einer Bearbeitung Rechte verbleiben, macht die Creative-Commons-Lizenzierung von Bearbeitungen kompliziert. So muss dem

---

<sup>855</sup> Vgl. Ziffer 3 lit. d. der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>856</sup> Zum Recht auf Schutz der Werkintegrität vgl. vorne 92.

<sup>857</sup> Vgl. zum deutschen Recht JAEGER/METZGER, MMR 2003, 435.

<sup>858</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. e der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>859</sup> Vgl. zum deutschen Recht JAEGER/METZGER, MMR 2003, 435, die bei Fehlen einer ausdrücklichen Garantie der Persönlichkeitsrechte im Zusammenhang mit der Bearbeitungsfreiheit aufgrund des in Deutschland herrschenden Verbots der geltungserhaltenden Reduktion die Gefahr sehen, dass die Bearbeitungsklausel insgesamt als ungültig erklärt wird.

<sup>860</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a letzter Absatz der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>861</sup> Vgl. generell zur Rechteinhaberschaft an einer Bearbeitung vorne 81.



Nutzer klar sein, dass er nicht nur die Lizenz des Bearbeiters, sondern auch die des Lizenzgebers des ursprünglichen Werks zu beachten hat. Ist das Originalwerk unter der Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell* lizenziert, die Bearbeitung hingegen unter der Lizenz *Namensnennung*, darf der Nutzer der Bearbeitung diese nur insoweit zu kommerziellen Zwecken verwenden, wie die Rechte des Lizenzgebers des Originalwerks nicht tangiert werden. Will er die Bearbeitung in einer Weise zu kommerziellen Zwecken nutzen, welche die Rechte des Lizenzgebers des Ausgangswerks beeinträchtigen, kann er dies nur tun, wenn ihm der Rechteinhaber des ursprünglichen Werks die dazu nötigen Rechte zusätzlich einräumt.

In der Version 3.0 geht die Tatsache, dass der Nutzer einer Bearbeitung (mindestens) zwei verschiedenen Lizenzgebern gegenüber steht, nicht klar aus dem Lizenztext hervor. Deshalb besteht die Gefahr, dass der Lizenznehmer unbewusst gegen die Creative-Commons-Lizenz des Lizenzgebers des Originalwerks verstößt. Gleichzeitig ist auch für den Lizenzgeber nicht eindeutig ersichtlich, dass sich die Lizenzierung der Bearbeitung durch ihn nur auf seine eigenen Rechte an der Bearbeitung bezieht. Die Version 4.0 versucht, dieses Problem zu beheben, indem in einer verständlicheren Weise klargestellt werden soll, dass sich die Lizenz des Bearbeiters nicht auf die Rechte Dritter am Lizenzgegenstand erstreckt<sup>862</sup>. Eine andere Möglichkeit wäre, den Bearbeiter durch die Lizenzbedingungen des Ausgangswerks zu verpflichten, seine Bearbeitung unter eine mindestens ebenso strenge Lizenz zu stellen wie die Lizenz, unter der das Originalwerk steht. Das würde bedeuten, dass der Bearbeiter eines Werks unter der Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell* seine Bearbeitung z.B. unter der Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung* verbreiten darf, nicht jedoch unter der Lizenz *Namensnennung*. Denn während die Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung* restriktiver ist als die Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell*, unter der das Ausgangswerk steht, würde die Lizenz *Namensnennung* dem Nutzer der Bearbeitung mehr Rechte einräumen als die Lizenz des Originalwerks, was in Bezug auf die Rechte des Lizenzgebers des ursprünglichen Werks nicht zulässig ist.

Eine solche Vorschrift bezüglich der erlaubten Lizenzen für Bearbeitungen erscheint auf den ersten Blick wie die Regelung der Lizenzen mit dem Lizenzelement *Weitergabe unter gleichen Bedingungen*. Der Unterschied besteht jedoch darin, dass der Bearbeiter eines Werks, das unter einer Lizenz ohne die Klausel *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* steht, seine Bearbeitung auch unter einer strengeren Lizenz als die Lizenz des Ausgangswerks lizenzieren

---

<sup>862</sup> Vgl. Absatz 2 unter der Überschrift „Public License“ des im Anhang B abgedruckten Entwurfs der Version 4.0; siehe zu den geplanten Neuerungen in 4.0 auch [http://wiki.creativecommons.org/4.0/Treatment\\_of\\_adaptations](http://wiki.creativecommons.org/4.0/Treatment_of_adaptations).

kann. Steht das Originalwerk hingegen unter einer Lizenz mit der Klausel *Weitergabe unter gleichen Bedingungen*, muss der Bearbeiter seine Bearbeitung zu denselben Konditionen zur Verfügung stellen, wie dies der Lizenzgeber des ursprünglichen Werks getan hat. Er darf, mit anderen Worten, den Nutzern seiner Bearbeitung nicht weniger erlauben, als dies der Lizenzgeber des Originalwerks getan hat. Steht das Ausgangswerk also unter einer Lizenz *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* darf der Bearbeiter seine Bearbeitung nicht unter der Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* weiterverbreiten, da diese restriktiver ist.

### **2.2.3. Pflichten der Vertragsparteien**

#### **2.2.3.1. Pflichten des Lizenzgebers**

Den Rechteinhaber trifft bei der Creative-Commons-Lizenzierung die Pflicht, auf die Geltendmachung seines absoluten Rechts gegenüber dem Berechtigten zu verzichten. Weiter ist zu prüfen, ob ihn darüber hinaus auch positive Pflichten treffen. Der herkömmliche Lizenzvertrag wird von der h.L. nicht nur negativ verstanden. Vielmehr kommt dem Lizenzgeber nach verbreiteter Meinung eine Genussverschaffungspflicht zu, nach der er alles vorkehren muss, damit der Lizenznehmer die ihm durch den Lizenzvertrag eingeräumten Rechte ausüben kann<sup>863</sup>. Im Zusammenhang mit der Lizenzierung urheberrechtlich geschützter Werke kann eine solche Genussverschaffungspflicht insbesondere in der Pflicht zur Veröffentlichung des Werks – falls dies im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bereits geschehen ist – sowie in der Auslieferung sämtlicher Unterlagen bestehen, die für die Ausübung der übertragenen Rechte nötig sind<sup>864</sup>. Das Creative-Commons-Vertragsverhältnis kommt aber regelmässig erst nach der Veröffentlichung des Lizenzgegenstandes zustande, nämlich dann, wenn der Lizenznehmer den Lizenzgegenstand im Sinne der Lizenz und in einem die urheberrechtlichen Schranken übersteigendem Masse nutzt<sup>865</sup>. Da der Lizenzgegenstand bei Vertragsschluss somit bereits veröffentlicht ist und durch den Lizenznehmer ohne Weiteres genutzt werden kann, trifft den Lizenzgeber weder eine Pflicht zur Veröffentlichung noch eine Pflicht zur Auslieferung von Unterlagen.

---

<sup>863</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 250 zu Einl. vor Art. 184; VON BÜREN, Lizenzvertrag, SIWR I/1, 295; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 457; REUTTER, Lizenzverträge, 404; a.M. A. TROLLER, IGR II, 824 ff., 829 f., der davon ausgeht, dass den Lizenzgeber nur die negative Pflicht trifft, die Ausübung seines Ausschliesslichkeitsrechtes zu unterlassen.

<sup>864</sup> Zur Genussverschaffungspflicht beim Urheberlizenzvertrag vgl. detailliert HILTY, Lizenzvertragsrecht, 456 ff., insbesondere 458 f.

<sup>865</sup> Vgl. hinten 167.

Eine weitere positive Pflicht des herkömmlichen Lizenzgebers ist jene der Genusserhaltung<sup>866</sup>, wonach der Lizenzgeber während der Dauer des Vertrags alles vorzukehren hat, damit der Lizenznehmer den Lizenzgegenstand ungestört nutzen kann. Insbesondere trifft ihn dabei die Pflicht, die formelle Rechtsstellung des Lizenznehmers zu erhalten<sup>867</sup>. Für den Creative-Commons-Lizenzgeber könnte sich daraus die Pflicht ergeben, den Lizenzgegenstand für die Lizenznehmer stets zugriffsbereit zu halten (z.B. auf seiner Homepage). Eine solche Verpflichtung besteht jedoch schon alleine deshalb nicht, weil sämtliche Creative-Commons-Lizenzen dem Lizenzgeber vorbehalten, die Verbreitung des Lizenzgegenstandes, unter Weitergeltung bereits geschlossener Creative-Commons-Verträge, zu einem beliebigen Zeitpunkt zu beenden<sup>868</sup>. Die h.L. zum herkömmlichen Lizenzvertrag geht zudem vom Vorliegen einer Pflicht des Lizenzgebers zur Rechtsverfolgung aus, wenn das Schutzrecht am Lizenzgegenstand durch einen Dritten verletzt wird<sup>869</sup>. Im Rahmen der Creative-Commons-Lizenzen ist eine Rechtsverfolgungspflicht jedoch zu verneinen, zumal es dem Lizenzgeber freisteht, Dritten auch weitergehende Rechte am Lizenzgegenstand einzuräumen, sei es nun durch eine ausdrücklich erteilte Lizenz, die weitergeht als die betreffende Creative-Commons-Lizenz, oder dadurch, dass der Lizenzgeber nicht gegen die Schutzrechtsverletzung durch einen Dritten vorgeht<sup>870</sup>. Im Übrigen ist eine Rechtsverfolgungspflicht des Lizenzgebers auch deshalb zu verneinen, weil es aufgrund der fehlenden Pflicht des Berechtigten zur Bezahlung einer Lizenzgebühr sowie des Fehlens eines Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien nicht gerechtfertigt wäre, dem Lizenzgeber eine solche aufzubürden.

#### 2.2.3.2. Pflichten des Lizenznehmers

Der Einräumung der Nutzungsrechte durch den Creative-Commons-Lizenzgeber stehen verschiedene Pflichten des Lizenznehmers gegenüber. Verstösst der Lizenznehmer gegen eine dieser Pflichten, fällt der Creative-Commons-Vertrag automatisch dahin. Wie noch aufgezeigt wird<sup>871</sup>, sind die Pflichten des Creative-Commons-Lizenznehmers als auflösende Bedingungen i.S.v. Art. 154 Abs. 1 OR ausgestaltet. Die Creative-Commons-Verträge sehen die folgenden positiven Pflichten des Lizenznehmers vor:

---

<sup>866</sup> Zur Genusserhaltungspflicht vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 461 ff.

<sup>867</sup> HUGUENIN, N 3817.

<sup>868</sup> Vgl. Ziffer 7 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>869</sup> Statt vieler HILTY, Lizenzvertragsrecht, 464 m.w.N.

<sup>870</sup> Vgl. auch die gegenüber der h.L. differenzierende Meinung von HILTY, wonach eine Pflicht zur Rechtsverfolgung lediglich bei ausschliesslichen, nicht aber bei einfachen Lizenzen besteht, HILTY, Lizenzvertragsrecht, 464 f.

<sup>871</sup> Vgl. hinten 183.

#### 2.2.3.2.1. Pflicht zum Hinweis auf die Lizenz und Mitlieferung der Lizenzbedingungen

Sämtliche Creative-Commons-Lizenzen verpflichten den Lizenznehmer, bei jeder Ausübung eines Rechts aus der betreffenden Lizenz eine Kopie dieser Lizenz mitzugeben oder die Fundstelle der Lizenz in Form einer jedermann zugänglichen URL anzugeben. Der Nutzer eines Creative-Commons-lizenzierten Werks wird überdies verpflichtet, bei der Ausübung eines Rechts aus einer Creative-Commons-Lizenz alle Hinweise auf die betreffende Lizenz und auf ihre Klauseln betreffend Gewährleistungs- und Haftungsausschluss beizubehalten<sup>872</sup>. Der Verpflichtung zur Mitlieferung der Lizenzbedingungen kommt bei den Open-Content-Lizenzen eine zentrale Bedeutung zu, zumal der Lizenzgegenstand bei Open-Content-Lizenzen als Standardverträgen im Gegensatz zu individuellen Verträgen nicht im Vertrag bezeichnet wird, sondern die anwendbaren Lizenzbedingungen im Zusammenhang mit dem Lizenzgegenstand genannt werden. Der Hinweis auf die geltende Creative-Commons-Lizenz ist somit Voraussetzung, um die Wahrnehmung der sich aus der Lizenz ergebenden Rechte überhaupt zu ermöglichen<sup>873</sup>.

#### 2.2.3.2.2. Pflicht zur Namensnennung

Neben der Pflicht zur Mitlieferung der Lizenzbestimmungen verlangen sämtliche Creative-Commons-Lizenzen vom Lizenznehmer, die bestehenden Urheberrechtsvermerke bei der Nutzung des Lizenzgegenstandes oder einer Abwandlung davon – insofern eine solche überhaupt zulässig ist – vollständig beizubehalten<sup>874</sup>. Um die Nutzung des Lizenzgegenstandes mittels eines anderen technischen Verfahrens und/oder eines anderen Trägermediums durch diese Bestimmung nicht zu verunmöglichen, erlauben die Lizenztexte zudem die Wiedergabe der bestehenden Urheberrechtsvermerke in einem Rahmen, der dem für die Nutzung gewählten technischen Verfahren und dem Trägermedium angemessen ist. Inhaltlich verpflichten die Lizenztexte den Nutzer insbesondere zur Angabe des Namens oder des Pseudonyms des Urhebers sowie von Dritten, die der Lizenzgeber bzw. der Urheber des Lizenzgegenstandes in den Urheberrechtsvermerk aufgenommen hat. Weiter umfasst die Pflicht zur Beibehaltung des Urheberrechtsvermerks die Angabe des Titels des Lizenzgegenstandes (falls dieser dem Nutzer bekannt ist) sowie einer allfälligen Internetadresse, die Informationen zur Lizenz oder Urheberrechtsvermerke enthält (falls der Lizenzgeber eine solche angegeben hat und die Wiedergabe unter angemessenem Aufwand möglich ist). Hat der Nutzer eine Abwandlung

---

<sup>872</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a Absatz 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>873</sup> JAEGER/METZGER, MMR 2003, 435.

<sup>874</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a Absatz 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

des Lizenzgegenstandes erstellt (soweit dies überhaupt erlaubt ist) und will er diese im Sinne der Lizenzbedingungen nutzen, so hat er überdies anzugeben, in welcher Form der Lizenzgegenstand in die Abwandlung eingegangen ist. So muss etwa eine Übersetzung des Lizenzgegenstandes als „Übersetzung des (Werk) durch (Urheber)“ oder mit einem ähnlichen Hinweis gekennzeichnet werden<sup>875</sup>.

Bezüglich der Form der Urheberrechtsvermerke halten die Lizenzbestimmungen fest, dass diese in jeder angemessenen Weise erfolgen können. Damit soll sichergestellt werden, dass der Lizenznehmer dann nicht gegen die Lizenzbestimmungen verstösst, wenn er aus technischen oder anderen Gründen nicht in der Lage ist, die Urheberrechtsvermerke in derselben Weise anzuführen, wie sie auf dem Lizenzgegenstand erscheinen. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn eine Musikgruppe einen Creative-Commons-lizenzierten Song live aufführt. Ob ein Hinweis auf die Urheberrechtsvermerke in angemessener Weise erfolgt ist, bleibt im Einzelfall zu entscheiden. Bei besagtem Live-Auftritt wäre der Pflicht zur Namensnennung nach der hier vertretenen Ansicht Genüge getan, wenn der Name des Urhebers und die verwendete Creative-Commons-Lizenz während des Auftritts genannt werden und allenfalls der Link auf die Lizenzbedingungen in einem Programmheft abgedruckt ist<sup>876</sup>.

In Bezug auf Abwandlungen des Lizenzgegenstandes sowie Sammlungen und Datenbanken, in die der Lizenzgegenstand aufgenommen wird, trifft den Nutzer die Pflicht, die Urheberrechtsvermerke hinsichtlich Platzierung und Ausgestaltung mindestens ebenso auffällig und in vergleichbarer Weise anzubringen, wie dies für die anderen Rechteinhaber erfolgt, sofern ein solcher Hinweis für alle beitragenden Lizenzgeber erscheint<sup>877</sup>.

Zum Schutz der persönlichen Interessen des Lizenzgebers wird der Lizenznehmer, der den Lizenzgegenstand in ein Sammelwerk oder eine Datenbank aufgenommen oder (soweit dies erlaubt ist) eine Bearbeitung davon erstellt hat, überdies verpflichtet, auf Aufforderung des Lizenzgebers hin jeden Hinweis auf den Auffordernden aus dem Sammelwerk, der Datenbank oder der Bearbeitung zu entfernen<sup>878</sup>. Diese Bestimmung soll dem Lizenzgeber die Möglichkeit geben zu verhindern, dass er durch die Nennung seines Namens gegen seinen Willen in

---

<sup>875</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. c der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>876</sup> Den Musikern selbst kommt in diesem Beispiel als ausübende Künstler überdies ein Leistungsschutzrecht i.S.v. Art. 33 Abs. 1 URG zu. Zwar werden die Künstler durch die Creative-Commons-Lizenz nicht verpflichtet, ihre Leistung ebenfalls unter eine Creative-Commons-Lizenz zu stellen, dennoch betrifft die Creative-Commons-Lizenz, unter der das Werk steht, die Leistung der Musiker mittelbar, zumal die Verbreitung der Leistung nicht ohne Verbreitung des Werks möglich ist.

<sup>877</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. c der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>878</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a Abs. 3 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

Verbindung mit einer Bearbeitung seines Werks bzw. einem den Lizenzgegenstand enthaltenen Sammelwerk oder einer Datenbank gebracht wird<sup>879</sup>. Da sämtliche Creative-Commons-Lizenzen die Aufnahme des Lizenzgegenstandes in ein Sammelwerk und/oder eine Datenbank erlauben, ist die Pflicht zur Entfernung des Hinweises auf den Lizenzgeber auf dessen Aufforderung hin wichtig, um die Interessen des Lizenzgebers zu schützen. Im Zusammenhang mit dem Bearbeitungsrecht soll diese Bestimmung im Übrigen einen Verstoß gegen die Urheberpersönlichkeitsrechte des Lizenzgebers verhindern, zumal dieser sich gegen jede Entstellung seines Werks wehren kann. Mit der Möglichkeit, jegliche Hinweise auf einen Bezug einer Bearbeitung zu seiner Person zu verbieten, soll die Gültigkeit der Bearbeitungsklausel erhöht werden<sup>880</sup>. Im Schweizer Recht bleibt allerdings der Entstellungsschutz als dem unübertragbaren Kern des Urheberpersönlichkeitsrechts zugehöriges Recht auch dann bestehen, wenn auf die Nennung des betreffenden Urhebers verzichtet wird. Der Urheber kann sich somit jederzeit gegen eine Entstellung seines Werks zur Wehr setzen<sup>881</sup>.

Sämtliche Creative-Commons-Lizenzen beinhalten überdies im Sinne einer Klarstellung den Hinweis darauf, dass mit dem Urheberrechtsvermerk einzig der Zweck der Zurechnung des Werks zum Urheber verfolgt werden darf und der Lizenznehmer bei der Nutzung des Lizenzgegenstandes ohne vorherige anderweitige Abmachung insbesondere weder implizit noch ausdrücklich den Eindruck erwecken darf, es bestehe eine Verbindung zwischen ihm und den Personen, auf die im Urheberrechtsvermerk hingewiesen wird, oder er werde von diesen Personen unterstützt oder gebilligt<sup>882</sup>. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Verpflichtung zur Beibehaltung der Urheberrechtsvermerke nicht dazu missbraucht wird, eine nicht existierende, über die vertragliche Beziehung zwischen den Parteien hinausgehende Verbindung zu suggerieren<sup>883</sup>.

Die Ausgestaltung der Pflicht des Lizenzgebers zur Namensnennung in den Creative-Commons-Lizenztexten deckt sich mit den Pflichten, die sich aus dem Recht auf Anerkennung der Urheberschaft in Art. 9 Abs. 1. URG ergeben<sup>884</sup>. Wie bereits im Zusammenhang mit den gesetzlichen Anforderungen zur Namensnennung ausgeführt wurde, kann bezüglich des Umfangs, in dem die Urhebernennung zu erfolgen hat, auf die Gewohnheiten der betreffenden

---

<sup>879</sup> Vgl. zum deutschen Recht JAEGER/METZGER, MMR 2003, 433.

<sup>880</sup> Vgl. JAEGER/METZGER, MMR 2003, 435.

<sup>881</sup> Vgl. vorne 98.

<sup>882</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. c letzter Abschnitt der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>883</sup> Die Einführung dieser sog. *No-Endorsement*-Klausel, die insbesondere auch in den Lizenzbestimmungen von Open-Source- sowie Free Software zu finden ist, ging vom *Massachusetts Institute of Technology (MIT)* aus, vgl. [http://wiki.creativecommons.org/Version\\_3](http://wiki.creativecommons.org/Version_3).

<sup>884</sup> Vgl. vorne 91.

Branche und die Art des Werkexemplars resp. die Art der Werkverwendung abgestellt werden<sup>885</sup>. Da es sich bei der Namensnennung im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung um ein zentrales Element handelt, zumal die Motivation zur Weitergabe eines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz oftmals darin besteht, seinen eigenen Namen zu verbreiten, sollten an eine genügende Namensnennung allerdings nicht zu tiefe Anforderungen gestellt werden.

Soweit die Creative-Commons-Lizenzen neben der Nennung des Namens bzw. Pseudonyms des Urhebers noch weitere Angaben wie z.B. die Nennung des Werktitels oder die Angabe von Internetadressen verlangen, gehen die Lizenzpflichten sogar über das vom Gesetz Verlangte hinaus. Schwierigkeiten bei der Urhebernennung können sich dann ergeben, wenn ein Werk durch mehrere Bearbeiter nacheinander verändert wird. Da bei der Verwendung einer Bearbeitung sämtliche Urheber genannt werden müssen, denen Rechte am Ausgangswerk zustehen, kann es zu einer Vielzahl von Namen und/oder Pseudonymen kommen, zu deren Nennung der Bearbeiter verpflichtet ist. Bezüglich solcher Kollektivwerke ist wohl davon auszugehen, dass auf die Nennung sämtlicher beteiligter Urheber dann verzichtet werden kann, wenn die Namensnennung aufgrund der Art und Weise der Werkverwendung faktisch unmöglich oder nur sehr schwer zu bewerkstelligen ist<sup>886</sup>.

Teilweise wird die Formulierung im Lizenztext, wonach die Urhebernennung in einem Rahmen zu erfolgen habe, der dem für die Nutzung gewählten technischen Verfahren und dem Trägermedium angemessen sei, als zu unbestimmt kritisiert. Im Rahmen der Arbeiten am Entwurf für die Version 4.0 der Creative-Commons-Lizenzen wird deshalb eine Vereinfachung der Vorschriften zur Namensnennung diskutiert. Zum Teil wird auch gefordert, die Lizenztexte sollten eine Möglichkeit für den Lizenzgeber enthalten, ganz auf die Urhebernennung zu verzichten<sup>887</sup>. Die h.L. in der Schweiz geht zwar von der Unübertragbarkeit des

---

<sup>885</sup> Vgl. vorne 91.

<sup>886</sup> Bei der Werkverwendung im Internet kann das Problem der Nennung sämtlicher Miturheber durch die Einführung einer Urheberrechts-Informationssseite gelöst werden. Vgl. hierzu HIETANEN, 67, der als Beispiel die finnische Wirtschaftszeitung *Taloussanommat* anführt, die zu jedem von ihr im Internet veröffentlichten Artikel eine Informationsseite erstellt, die den Lizenzgegenstand und die daran bestehenden Rechte definiert. Zudem enthalten diese Informationsseiten jeweils einen Link zu der Website, auf welcher der entsprechende Lizenzgegenstand zum ersten Mal publiziert wurde sowie Informationen über den ursprünglichen Autor und den Rechteinhaber. Weiter macht *Taloussanommat* auf diesen Informationsseiten nähere Angaben z.B. darüber, welche Nutzungsformen für sie noch unter eine nicht nichtkommerzielle Nutzung fallen und wie die Hinweise auf den jeweiligen Autor und den Rechteinhaber ausgestaltet werden müssen, um den Anforderungen des Lizenzelements *Namensnennung* zu genügen, vgl. z.B. <http://www.taloussanommat.fi/lisenssi/200727714>.

<sup>887</sup> Zum Gang der Diskussion im Rahmen der Entwurfsarbeiten für die Version 4.0 vgl. [http://wiki.creativecommons.org/4.0/Attribution\\_and\\_marking](http://wiki.creativecommons.org/4.0/Attribution_and_marking).

Rechts auf Namensnennung aus, trotzdem bejaht der überwiegende Teil der Lehre die Möglichkeit, im Rahmen von Art. 27 ZGB auf das Namensnennungsrecht zu verzichten<sup>888</sup>.

#### 2.2.3.2.3. Pflicht zur Weitergabe unter gleichen Bedingungen (Copyleft-Klausel)

Die Creative-Commons-Lizenzen *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* sowie *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* verpflichten den Nutzer des Lizenzgegenstandes, eine allfällige Bearbeitung bei deren Veröffentlichung unter dieselbe Lizenz zu stellen, unter der das Ausgangswerk steht. Diese sog. Copyleft-Klausel, die durch die *Free Software Foundation* geprägt wurde und deshalb insbesondere im Zusammenhang mit Open-Source-Software bekannt ist<sup>889</sup>, soll sicherstellen, dass Bearbeitungen des Lizenzgegenstandes unter eine Lizenz gestellt werden, die mindestens dieselben Nutzungen erlaubt wie die Lizenz des ursprünglichen Lizenzgegenstandes, womit der Wille des Rechteinhabers hinsichtlich der Art und Weise, wie der Lizenzgegenstand genutzt und verbreitet werden darf, auch von Dritten beachtet werden muss.

Der Nutzer eines Werks, das durch eine Creative-Commons-Lizenz mit dem Lizenzmodul *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* veröffentlicht wurde, ist nicht dazu verpflichtet, die für den Lizenzgegenstand genutzte Lizenz in Bezug auf Version und Sprache auch für seine Bearbeitung zu verwenden. Vielmehr hat der Lizenznehmer die Wahl zwischen der für den Lizenzgegenstand verwendeten Lizenz, einer späteren Version der entsprechenden Lizenz, der unportierten Creative-Commons-Lizenz oder einer an ein nationales Recht angepassten Creative-Commons-Lizenz; in den beiden letzten Fällen kann jeweils die Version der ursprünglichen Lizenz bzw. eine spätere Version gewählt werden, solange die gewählte Lizenz dieselben Lizenzelemente wie die ursprüngliche beinhaltet (sog. *later version clause*)<sup>890</sup>. Schliesslich erlaubt die Lizenz *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* die Lizenzierung mittels einer mit Creative Commons kompatiblen Lizenz<sup>891</sup>. Darunter fallen sämtliche Lizenzen, deren Bestimmungen die gleichen Ziele verfolgen, die gleiche Bedeutung haben und die gleichen Wirkungen erzeugen wie die Lizenzelemente der ursprünglichen Lizenz und die das Lizenzieren von Abwandlungen unter einer entsprechenden Creative-Commons-Lizenz erlauben.

---

<sup>888</sup> Vgl. vorne 95.

<sup>889</sup> JAEGER/METZGER, MMR 2003, 434.

<sup>890</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a Absatz 4 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>891</sup> Vgl. hierzu hinten 189.



Die Verpflichtung zur Weitergabe unter gleichen Bedingungen kann für den Bearbeiter dann problematisch werden, wenn sein Werk zweiter Hand durch die Bearbeitung verschiedener vorbestehender Werke entstanden ist, von denen mindestens eines nicht Creative-Commons-lizenziert ist bzw. unter einer strikteren Creative-Commons-Lizenz steht als die anderen und sich das Werk zweiter Hand nicht so trennen lässt, dass nur die Bearbeitung der Teile, die unter einer Lizenz mit dem Lizenzmodul *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* stehen, verbreitet werden kann. Vorausgesetzt, dem Bearbeiter wurde die Schaffung eines Werks zweiter Hand von allen Rechteinhabern der vorbestehenden Werke erlaubt, ist er grundsätzlich dazu berechtigt, seine Bearbeitung zu verbreiten. Allerdings verpflichten ihn die Bedingungen der Klausel *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* dazu, seine Bearbeitung unter dieselbe Creative-Commons-Lizenz zu stellen, unter der das betreffende vorbestehende Werk steht, womit der Bearbeiter der Allgemeinheit dieselben Rechte einräumen muss. Damit der Bearbeiter seine gesamte Bearbeitung unter der betreffenden Creative-Commons-Lizenz verbreiten kann, benötigt er jedoch auch die Zustimmung der Rechteinhaber der übrigen ursprünglichen Werke. Nur wenn sich der Bearbeiter von jedem dieser Rechteinhaber die nötigen Rechte einräumen lässt, ist eine Verbreitung des von ihm geschaffenen Werks zweiter Hand unter Einhaltung der Creative-Commons-Vertragsbedingungen möglich.

Die Pflicht zur Weitergabe unter gleichen Bedingungen trifft auch denjenigen Lizenznehmer, der den Lizenzgegenstand in eine Sammlung oder eine Datenbank aufnimmt und diese weiterverbreitet. Allerdings bleibt die Weiterlizenzierung unter den gleichen Bedingungen in diesem Fall lediglich auf den Lizenzgegenstand beschränkt, sodass die Sammlung oder die Datenbank als solche nicht unter dieselben Lizenzbedingungen gestellt werden muss<sup>892</sup>. Die Lizenzbestimmungen der einzelnen in das Sammelwerk aufgenommenen Werke haben dennoch insofern einen Einfluss auf die Weiterverbreitungsmöglichkeit des Sammelwerks, als dass der Inhaber des Urheberrechts am Sammelwerk selbst nur zur Ausübung jener Rechte an den Bestandteilen des Sammelwerks berechtigt ist, die ihm eingeräumt wurden. Werden also z.B. verschiedene unter einer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht Kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* stehende Musikwerke in ein Sammelwerk aufgenommen und kommt diesem Sammelwerk urheberrechtlicher Schutz zu, so ist der Urheber des Sammelwerks zwar nicht verpflichtet, das Sammelwerk als solches unter eine Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht Kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* zu stellen, kann aber das ganze Sammelwerk dennoch nur zu nicht-

---

<sup>892</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a letzter Absatz der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

kommerziellen Zwecken verwenden bzw. weiterlizenzieren, solange eine solche Verwertung die Rechte Dritter an den Bestandteilen des Sammelwerks beeinträchtigt.

Zu Sonderfragen im Zusammenhang mit der Copyleft-Klausel und der Werkschöpfung im Arbeitsverhältnis kommt es, wenn der Arbeitnehmer ein Werk unter Nutzung eines mittels einer Creative-Commons-Lizenz mit dem Lizenzelement *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* lizenzierten Lizenzgegenstandes schafft, weil er dann verpflichtet ist, seine Bearbeitung bei deren Verbreitung unter dieselbe Lizenz zu stellen, mit welcher der ursprüngliche Lizenzgegenstand lizenziert wurde. Dies wird in dem Fall problematisch, wenn der Arbeitnehmer seine Urheberrechte im Voraus im Rahmen des Arbeitsvertrags generell und global an seinen Arbeitgeber abgetreten hat und der Entscheid betreffend die Lizenzierung des im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geschaffenen Werks deshalb beim Arbeitgeber als Rechteinhaber liegt. Dieser wiederum ist mangels seiner Stellung als Lizenznehmer nicht an die Creative-Commons-Lizenzbedingungen gebunden. Damit ist er nicht verpflichtet, eine Bearbeitung, die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitnehmer unter Nutzung eines Creative-Commons-lizenzierten Werks geschaffen wurde, ebenfalls mittels einer Creative-Commons-Lizenz zu lizenzieren. Um das Risiko des Wegfalls der Creative-Commons-Lizenz sowie einer allfälligen Schadenersatzpflicht gegenüber dem Creative-Commons-Lizenzgeber auszuschliessen, müsste sich der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer deshalb vertraglich verpflichten, solche Bearbeitungen unter die entsprechende Creative-Commons-Lizenz zu stellen (soweit der Arbeitgeber einer solchen Regelung überhaupt zustimmt).

Ein weiteres Problem wird insbesondere im Zusammenhang mit der Open-Source-Lizenzierung darin gesehen, dass die Rechteeinräumung vom Arbeitnehmer an den Arbeitgeber durch das Arbeitsentgelt abgegolten wird, der Lizenznehmer aber zur unentgeltlichen Rechteeinräumung an Dritte verpflichtet ist<sup>893</sup>. Teilweise versucht die Lehre, dieses Problem mit der Annahme zu umgehen, der Arbeitnehmer erhalte seinen Lohn nur für die Arbeitsleistung, nicht jedoch für die Rechteeinräumung<sup>894</sup>. Eine andere Lehrmeinung sieht die Rechteeinräumung durch den Arbeitnehmer hingegen als Teil seiner Leistung für den Arbeitgeber, für welche der Arbeitnehmer einen Lohn erhält. Gemäss dieser Meinung erfolgt die Rechteeinräumung im Arbeitsverhältnis somit nicht unentgeltlich<sup>895</sup>.

---

<sup>893</sup> Vgl. für das deutsche Recht DEIKE, 17; SPINDLER, Rechtsfragen, Teil C, N 107 ff.

<sup>894</sup> So für das deutsche Recht KOCH, CR 2000, 341.

<sup>895</sup> So für das deutsche Recht DEIKE, 17; ROJAHN, in: SCHRICKER/LOEWENHEIM, N 64 zu § 43 m.w.N.

Das Problem kann allerdings damit gelöst werden, dass man wie vorliegend davon ausgeht, dass nicht etwa der Arbeitnehmer, sondern vielmehr der Arbeitgeber als Lizenznehmer durch die Creative-Commons-Lizenz verpflichtet wird. Der Arbeitnehmer erhält den Lizenzgegenstand hingegen als Vertreter des Arbeitgebers<sup>896</sup>. Dadurch tritt die Rechtswirkung der durch den Arbeitnehmer vorgenommenen Handlungen beim Arbeitgeber als Vertretenen ein<sup>897</sup>, womit dieser als Lizenznehmer verpflichtet wird. Das Bearbeitungsrecht kommt in diesem Fall dem Arbeitgeber als Lizenznehmer zu, was ihn jedoch nicht daran hindert, das Recht durch einen Dritten, also den Arbeitnehmer, für sich ausüben zu lassen. Durch die Rechteeinräumung im Arbeitsvertrag wird der Arbeitgeber in der Folge automatisch Inhaber der durch den Arbeitnehmer mittels Bearbeitung des Lizenzgegenstandes erlangten Urheberrechte. Dadurch erfolgt die Einräumung der Rechte am ursprünglichen Lizenzgegenstand direkt vom Lizenzgeber an den Arbeitgeber (als Lizenznehmer) und nicht zuerst an den Arbeitnehmer und dann, gegen Austausch mit dem Arbeitsentgelt, an den Arbeitgeber. Zudem kann der Arbeitgeber die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes seinerseits unter eine Creative-Commons-Lizenz stellen – wozu er aufgrund der zwischen ihm und dem Lizenzgeber des ursprünglichen Lizenzgegenstandes auch verpflichtet ist –, zumal er Inhaber sowohl der Rechte am ursprünglichen Lizenzgegenstand (durch die Creative-Commons-Lizenz) als auch der Rechte an der Bearbeitung (durch den Arbeitsvertrag) ist<sup>898</sup>.

#### 2.2.3.2.4. Unterlassungspflichten

Neben den positiven Pflichten zum Hinweis auf die Lizenz, zur Mitlieferung der Lizenzbestimmungen, zur Namensnennung und je nach Lizenz der Pflicht zur Weitergabe unter gleichen Bedingungen sehen die Creative-Commons-Lizenzen die im Folgenden genannten Unterlassungspflichten des Lizenznehmers vor:

Zum einen verbieten sämtliche Creative-Commons-Lizenzen dem Lizenznehmer, Vereinbarungen zu treffen, welche die Bedingungen der betreffenden Lizenz verschärfen oder mittels der Lizenz erteilte Rechte einschränken<sup>899</sup>. Neben dem Verbot der Verschärfung der Lizenzbedingungen durch Vereinbarungen ist es dem Nutzer auch nicht erlaubt, den Zugang zum Werk oder dessen Gebrauch durch den Einsatz technischer Schutzmassnahmen in einer Weise

---

<sup>896</sup> Vgl. im Ergebnis allerdings ablehnend für Open-Source-Software im deutschen Recht DEIKE, 17.

<sup>897</sup> Vgl. Art. 32 Abs. 1 OR.

<sup>898</sup> Zu dem hier untersuchten Aussenverhältnis stellt sich im Innenverhältnis zudem die Frage, ob die Verwendung einer Creative-Commons-Lizenz ohne Kenntnis des Arbeitgebers ein Verstoß gegen die Bedingungen des Arbeitsvertrags seitens des Arbeitnehmers darstellt.

<sup>899</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a Absatz 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

zu beschränken, die den Nutzer des Lizenzgegenstandes in der Ausübung der ihm durch die Lizenz gewährten Rechte behindern könnte<sup>900</sup>.

Schliesslich enthalten sämtliche Creative-Commons-Lizenzen einen Vorbehalt zugunsten der Urheberpersönlichkeitsrechte<sup>901</sup>. Dieser gilt selbstverständlich nicht, wenn der Rechteinhaber dem Nutzer durch die Creative-Commons-Lizenz im Rahmen des rechtlich Zulässigen ausdrücklich die Erlaubnis gibt, sein Urheberpersönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen, was namentlich mittels jener Lizenzen geschieht, welche die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes erlauben.

#### **2.2.4. Zweck der Creative-Commons-Verträge**

Der Zweck der Creative-Commons-Verträge besteht in Übereinstimmung mit den von Creative Commons verfolgten Zielen und im Einklang mit dem Open-Content-Gedanken<sup>902</sup> darin, den Lizenzgegenstand möglichst vielen Personen zugänglich zu machen und diesen Personen die unentgeltliche Nutzung daran zu erlauben. Dabei sollen dem Nutzer über die ihm bereits von den Schrankenbestimmungen und anderen Gesetzesnormen eingeräumten Nutzungsrechte hinaus weitere Befugnisse erteilt werden. Der Zweck der über die Schrankenbestimmungen hinausgehenden Rechteeinräumung ist bei der Beurteilung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Lizenzen immer im Auge zu behalten<sup>903</sup>.

#### **2.3. Verhältnis zu gesetzlich geregelten Verträgen**

Im Zusammenhang mit der vertraglichen Qualifizierung der Creative-Commons-Lizenzen stellt sich in einem weiteren Schritt die Frage, ob sich das Creative-Commons-Vertragsverhältnis aufgrund der vorstehend ausgeführten Merkmale zumindest teilweise unter einen der im Besonderen Teil des Obligationenrechts gesetzlich geregelten Vertragstypus subsumieren lässt. Dies ist aus den im Folgenden dargestellten Gründen nicht der Fall.

##### **2.3.1. Kauf, Miete, Pacht und Werkvertrag**

Die Rechteeinräumung mittels einer Creative-Commons-Lizenz begründet keine Vergütungspflicht der Gegenpartei. Die Qualifikation der Creative-Commons-Verträge als Kauf-, Miet- oder Werkverträge scheidet deshalb von vornherein aus, da sämtliche dieser Nominatverträge

---

<sup>900</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a Absatz 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>901</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. e der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>902</sup> Vgl. vorne 48.

<sup>903</sup> Vgl. z.B. die Ausführungen zur Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes vorne 101 ff.

zwingend die Pflicht zu einer Gegenleistung bzw. zur Leistung einer Vergütung zugunsten des Vertragspartners als Hauptpflicht einer Vertragspartei vorsehen<sup>904</sup>, die Rechteeinräumung durch eine Creative-Commons-Lizenz jedoch unentgeltlich erfolgt.

Einige Autoren sehen in den Verpflichtungen, welche die Creative-Commons-Lizenzen dem Lizenznehmer für die Weiterverwendung des Lizenzgegenstandes auferlegen – insbesondere in der Pflicht zur Weitergabe unter gleichen Bedingungen –, eine Gegenleistung des Lizenznehmers<sup>905</sup>. Zwar trifft es zu, dass eine Gegenleistung nicht zwingend in Geld zu entrichten ist<sup>906</sup>. Für das Vorliegen eines Synallagmas, das eine Voraussetzung für das Bestehen eines Kauf-, Miet-, Pacht- oder Werkvertrags bildet<sup>907</sup>, ist jedoch entscheidend, dass den Vertragsparteien gegenseitig (Haupt-)Forderungen zustehen<sup>908</sup>, während bei nicht synallagmatischen Verträgen eine Verpflichtung der nicht hauptleistungspflichtigen Vertragspartei als bloße Nebenleistung erscheint<sup>909</sup>. Um eben solche Nebenleistungen handelt es sich bei den Verpflichtungen, die dem Berechtigten durch den Creative-Commons-Vertrag auferlegt werden, zumal sie nicht mit der Hauptleistung des Rechteinhabers korrelieren und insofern nicht als Leistungspflichten erscheinen, die der Hauptleistungspflicht des Lizenzgebers gegenüberstehen<sup>910</sup>.

Zudem trifft den Verkäufer die Pflicht, dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache bzw. – wenn ein Recht den Kaufgegenstand bildet – die Inhaberschaft am betreffenden Recht „zu verschaffen“<sup>911</sup>. Analog der absolutrechtlich wirkenden Einräumung des Eigentums vom Verkäufer an den Käufer besteht die Rechtsverschaffungspflicht in der Übertragung (und nicht der blossen Lizenzierung) des Rechts vom Verkäufer an den Käufer. Mangels absolutrechtlich wirkender Rechteverschaffung scheidet die Qualifikation der Creative-Commons-Lizenz als Veräußerungsgeschäft ebenfalls aus. Die Regelungen über den Miet- und den Pachtvertrag verfolgen zudem einen Sozialschutzgedanken, da man grds. vom Vorliegen eines Kräfteun-

---

<sup>904</sup> Vgl. für Open-Source-Software WEBER, OSS, 77 m.w.N.; für Open-Source-Software im deutschen Recht vgl. KOCH, CR 2000, 335.

<sup>905</sup> So für Open-Source-Lizenzen im deutschen Recht SESTER, 800; KOCH, CR 2000, 334 f.

<sup>906</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 14.

<sup>907</sup> BSK OR I-BUCHER, N 24 zu Vor Art. 1-40.

<sup>908</sup> Zum Begriff des Synallagmas eingehend STÖCKLI, N 45 ff.

<sup>909</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 12 ff.

<sup>910</sup> Für Open-Source-Software-Lizenzen vgl. WIDMER, OSS, 181; für Open-Source-Software im deutschen Recht SPINDLER, Rechtsfragen, Teil D N 8; METZGER/JAEGER, GRUR Int. 1999, 847; JAEGER/METZGER, OSS, N 215; SUJECKI, 41. Zur Rechtsnatur der Pflichten des Berechtigten als Bedingungen vgl. hinten 183.

<sup>911</sup> Statt vieler BSK OR I-KOLLER, N 60 zu Art. 184.

gleichgewichts zwischen den Parteien dieser beiden Vertragstypen ausgeht<sup>912</sup>. Bei den Creative-Commons-Verträgen liegt hingegen kein solches Kräfteungleichgewicht vor, womit die Anwendung der Bestimmungen über den Miet- oder den Pachtvertrag nicht gerechtfertigt ist.

### 2.3.2. Schenkung

Aufgrund der Unentgeltlichkeit der Rechteüberlassung mittels einer Creative-Commons-Lizenz ist zu prüfen, ob es sich dabei um einen Schenkungsvertrag i.S.v. Art. 239 Abs. 1 OR handelt, zumal die Schenkung gemäss Art. 245 Abs. 1 OR auch mit Auflagen oder Bedingungen an die Gegenpartei verknüpft werden kann<sup>913</sup>.

Die Schenkung stellt einen einseitigen Schuldvertrag dar, durch den der Schenker dem Beschenkten ohne Gegenleistung eine Zuwendung aus seinem Vermögen zukommen lässt<sup>914</sup>. Voraussetzung für eine Schenkung ist die Entreicherung des Schenkers unter gleichzeitiger Bereicherung des Beschenkten, was den Übergang eines Vermögenswerts vom Vermögen des Schenkers in das Vermögen des Beschenkten voraussetzt<sup>915</sup>. Der zugewendete Vermögenswert kann in einer Vermehrung der Aktiven, in einer Verminderung der Passiven oder in der Verhinderung einer bevorstehenden Vermögensabnahme bestehen<sup>916</sup>. Als Gegenstand einer Schenkung kommen neben Sachen auch Forderungen oder Rechte in Frage<sup>917</sup>.

Selbst wenn man dem Unterlassungsanspruch des Lizenzgebers einen vermögensrechtlichen Wert zuerkennen will<sup>918</sup>, auf den er mittels der Creative-Commons-Lizenz verzichtet, hat die lizenzrechtliche Rechteeinräumung gerade nicht die Übertragung des Rechts vom Rechteinhaber auf den Nutzer zur Folge, sondern „lediglich“ die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts. Der Lizenznehmer erwirbt somit im Gegensatz zum Beschenkten kein absolutes

---

<sup>912</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 159.

<sup>913</sup> In der deutschen Literatur zu Open Source und Open Content werden die entsprechenden Lizenzen denn auch mehrheitlich als Schenkungsverträge qualifiziert, so für Open-Source-Lizenzen METZGER/JAEGER, GRUR Int. 1999, 847; JAEGER/METZGER, OSS, N 205 ff.; DEIKE, 14 f.; SUJECKI, 41; im Ergebnis wohl auch SPINDLER, Rechtsfragen, Teil D, N 4 ff.; a.M. jedoch SESTER, 799 f. differenzierend SCHIFFNER, 199 ff. Für Open-Content-Lizenzen vgl. ROSENKRANZ, 92 f.; STROBEL, 779 FN 19. Zur rechtlichen Qualifikation von Open-Source-Software-Lizenzen im österreichischen Recht vgl. WIEBE/PRÄNDL, ÖJZ 2004, 635; PHILAPITSCH, Open-Content-Lizenzen, 104 f.

<sup>914</sup> Art. 239 Abs. 1 OR; BSK OR I-VOGT, N 1 zu Art. 239; HUGUENIN, N 2847; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 255; KUKO OR-LINIGER, N 2 und 7 zu Art. 239.

<sup>915</sup> HUGUENIN, N 2877.

<sup>916</sup> Statt vieler BSK OR I-VOGT, N 1 zu Art. 239.

<sup>917</sup> Statt vieler BSK OR I-VOGT, N 6 zu Art. 239.

<sup>918</sup> So nimmt WEBER einen altruistischen Charakter der Rechteeinräumung bei Open-Source-Lizenzen nur zurückhaltend an, vgl. WEBER, Freie Software, 53; gl. M. SESTER, 799; SANDL, 347. Ohne zu dieser Auffassung Stellung zu nehmen, ist aber festzuhalten, dass beim Einsatz der hier behandelten Creative-Commons-Lizenzen dem altruistischen Gedanken eine wichtige Rolle zukommt, zumal es dem Lizenzgeber i.d.R. gerade darum geht, sein Werk ohne Gegenleistung zu verbreiten.

Recht am Lizenzobjekt<sup>919</sup>, und der Lizenzgeber kann den Lizenzgegenstand ohne jede Einschränkung weiter nutzen. Es kommt auch nicht zur Entreicherung des Lizenzgebers, zumal diesem ein Nutzungsrecht verbleibt<sup>920</sup>. Aufgrund des fehlenden Veräusserungscharakters der Creative-Commons-Verträge sowie der fehlenden Entreicherung des Lizenzgebers ist die Qualifizierung des Creative-Commons-Vertragsverhältnisses als Schenkung nach der hier vertretenen Ansicht von vornherein nicht möglich<sup>921</sup>. Ein weiteres Argument, das gegen die Annahme einer Schenkung spricht, ist der langfristige Charakter der Creative-Commons-Vertragsbeziehung<sup>922</sup>, der im Gegensatz zum einmaligen Austauschcharakter der Schenkung – und im Übrigen zu sämtlichen anderen Austauschverträgen – steht. Schliesslich liegen jenen Creative-Commons-Verträgen, welche die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes erlauben, nicht selten gleichgerichtete Interessen zugrunde, was ebenfalls gegen das Vorliegen eines Austauschvertrages spricht<sup>923</sup>.

Im Schweizer Recht sind die Creative-Commons-Lizenzen nach der hier vertretenen Auffassung somit nicht als Schenkungsverträge zu qualifizieren<sup>924</sup>.

### 2.3.3. Gebrauchsleihe

Ein weiterer unentgeltlicher Nominatkontrakt ist die Leihe i.S.v. Art. 305 OR. Eine Subsumtion der Creative-Commons-Lizenzen unter die Bestimmungen über die Leihe scheidet nach der hier vertretenen Ansicht aber deshalb aus, weil sich die Leihe auf die unentgeltliche Überlassung von Sachen bezieht<sup>925</sup>. Zudem ist der Entlehner zur Rückgabe des Leihobjekts verpflichtet<sup>926</sup>. Im Gegensatz dazu wird beim Creative-Commons-Vertrag keine Sache zum Gebrauch überlassen, sondern vielmehr ein einfaches Nutzungsrecht eingeräumt. Weiter begründet der Creative-Commons-Vertrag auch keine Rückgabepflicht; vielmehr liegt es im

<sup>919</sup> Vgl. zu Open-Source-Software WEBER, Freie Software, 53.

<sup>920</sup> Vgl. zu Open-Source-Software im deutschen Recht SESTER, 799 f.; a.M. SPINDLER, Rechtsfragen, Teil D N 7, welcher die Entreicherung in der Übertragung der unkörperlichen Daten mit den entsprechenden Rechten vom Rechteinhaber an den Nutzer sieht.

<sup>921</sup> Vgl. zu Open-Source-Software im deutschen Recht SESTER, 799 f.

<sup>922</sup> Vgl. vorne 126.

<sup>923</sup> Vgl. zu Open-Source-Software im deutschen Recht SESTER, 800 f.

<sup>924</sup> So für Open-Source-Software-Verträge WEBER, OSS, 78.

<sup>925</sup> So KUKO OR-SCHWAIBOLD, N 5 zu Art. 305; ZK-HIGI, N 13 ff. sowie N 63 zu Vorbem. zu Art. 305–311 OR; EGGER, 1353. Eine andere Lehrmeinung geht davon aus, dass auch Rechte Gegenstand eines Leihvertrags sein können, so BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, N 6 zu Art. 305; BK-BECKER, N 1 ff. zu Art. 305 OR; HÜNERWADEL, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, N 2 zu Art. 305.

<sup>926</sup> BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, N 14 zu Art. 305; BK-BECKER, N 14 zu Art. 305 OR; ZK-HIGI, N 17 zu Art. 305; KUKO OR-SCHWAIBOLD, N 9 zu Art. 305.

Interesse des Creative-Commons-Lizenzgebers, dass nicht nur der Erstnutzer, sondern auch weitere Nutzer vom Lizenzobjekt profitieren<sup>927</sup>.

Dennoch kann es aber bei einem Verstoss gegen die Vertragsbedingungen durch den Lizenzgeber zu einem Wegfall des eingeräumten Nutzungsrechts kommen, was den Creative-Commons-Vertrag zumindest in die Nähe der Leihe rückt, zumal der Verleiher die entlehene Sache dann zurückfordern kann, wenn sie vom Entlehner vertragswidrig gebraucht wird<sup>928</sup>.

#### **2.3.4. Unentgeltlicher Auftrag**

Das Creative-Commons-Vertragsverhältnis stellt keinen unentgeltlichen Auftrag i.S.v. Art. 394 Abs. 1 OR dar, zumal sich der Berechtigte nicht zu einem sorgfältigen Tätigwerden i.S.d. Auftragsrechts verpflichtet<sup>929</sup>. Zudem entsteht zwischen dem Rechteinhaber und den Nutzern kein für das Auftragsrecht typisches Vertrauensverhältnis<sup>930</sup>, zumal der Lizenzgeber die Identität seiner Vertragspartner oft gar nicht kennt beziehungsweise nie persönlich mit diesen in Kontakt tritt.

#### **2.3.5. Einfache Gesellschaft**

Schliesslich fragt sich, ob Creative-Commons-Verträgen auch ein gesellschaftsähnlicher Charakter zukommen kann. Das Bestehen einer einfachen Gesellschaft setzt eine gemeinsame Zweckverfolgung durch eine Verbindung mehrerer Personen unter Einsatz gemeinsamer Kräfte und Mittel voraus<sup>931</sup>. Eine gemeinsame Zweckverfolgung kann dann angenommen werden, wenn ein Lizenzgeber sein Werk mit dem Willen weiterverbreitet, dass dieses durch einen oder mehrere Nutzer bearbeitet und in diesem Sinne weiterentwickelt wird<sup>932</sup>. Regelmässig wird es in diesen Fällen aber wohl am Einsatz gemeinsamer Kräfte und Mittel fehlen<sup>933</sup>.

Gemäss Bundesgericht können bei Vorliegen eines Vertrags, der eine Rechteeinräumung zum Gegenstand hat, insbesondere dann Parallelen zum Gesellschaftsrecht gezogen werden, wenn

---

<sup>927</sup> Vgl. für Open-Source-Software WEBER, Freie Software, 52 f.; WEBER, OSS, 77.

<sup>928</sup> Vgl. Art. 309 Abs. 2 OR.

<sup>929</sup> Für die Pflichten des Beauftragten vgl. statt vieler BSK OR I-WEBER, N 1 ff. zu Art. 397.

<sup>930</sup> Zum besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und -nehmer vgl. statt vieler BSK OR I-WEBER, N 3 zu Art. 394.

<sup>931</sup> BSK OR II-HANDSCHIN, N 4 zu Art. 530; WEBER, Freie Software, 55.

<sup>932</sup> Zu denken ist etwa an einen Schriftsteller, der sein Werk unter einer Lizenz *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* im Internet verbreitet, sodass Nutzer Übersetzungen in verschiedene Sprachen vornehmen können.

<sup>933</sup> So für Open-Source-Lizenzen WEBER, Freie Software, 55.



nach den Umständen des Einzelfalls das Vorliegen des Willens zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks aus der Intensität der Zusammenarbeit und gegenseitiger weiterer, über die Rechteeinräumung hinausgehender Pflichten ersichtlich ist<sup>934</sup>. Eine diesen Kriterien genügende Zusammenarbeit wird bei der Bearbeitung eines Creative-Commons-lizenzierten Werks selten vorliegen, zumal sich Lizenzgeber und -nehmer i.d.R. nicht kennen<sup>935</sup>. Gibt der Creative-Commons-Lizenzgeber im Einzelfall bei der Verbreitung des Lizenzgegenstandes an ihm bekannte Personen aber zusätzlich seinen Willen zur Erreichung eines bestimmten Zwecks unter Zusammenarbeit mit den Nutzern bzw. Lizenznehmern in Bezug auf das lizenzierte Objekt kund, kann das Rechtsverhältnis allenfalls einen gesellschaftsähnlichen Charakter aufweisen.

## 2.4. Verhältnis zum Lizenzvertrag

Die Bezeichnung der von Creative Commons entwickelten Normgefüge als Lizenzen legt nahe, diese als Lizenzverträge zu qualifizieren. Für die Qualifikation eines Vertragsverhältnisses ist die Bezeichnung des entsprechenden Vertrags durch die Parteien allerdings nicht entscheidend<sup>936</sup>. Auch die Verwendung bestimmter rechtlicher Begriffe im Vertragsverhältnis selbst führt nicht bereits zur unmittelbaren Anwendung der entsprechenden Rechtsnormen<sup>937</sup>. Vielmehr sind Sinn und Zweck der Vertragsabsprache zu ermitteln, womit neben dem Wortlaut insbesondere auch deren Regelungsinhalt zu analysieren ist<sup>938</sup>. In Bezug auf die Creative-Commons-Lizenzen ist dabei zu beachten, dass es sich um sechs verschiedene, voneinander unabhängige Lizenzen mit mehr oder weniger stark abweichenden Vertragsbedingungen handelt. Die Bezeichnung der Creative-Commons-Verträge als Lizenzen rührt zudem in erster Linie von der englischen Bezeichnung *Creative Commons Licenses* her. Wie noch aufzuzeigen ist<sup>939</sup>, wird unter dem Begriff *license* im *Common-law*-Rechtssystem nicht zwingend ein Vertrag verstanden. Aber auch im Schweizer Recht handelt es sich beim Begriff der Lizenz nicht um die technische Bezeichnung des Lizenzvertrags. Vielmehr ist darunter streng genommen lediglich eine Erlaubnis zur Nutzung zu verstehen<sup>940</sup>.

---

<sup>934</sup> Vgl. BGE 75 II 166, E. 1a; vgl. auch HUGUENIN, N 3803; siehe zum ganzen VON BÜREN, Lizenzvertrag, SIWR I/1, 306 ff.

<sup>935</sup> Vgl. für Open-Source-Lizenzen WEBER, OSS, 79.

<sup>936</sup> Art. 18 Abs. 1 OR; BSK OR I-WIEGAND, N 22 zu Art. 18.

<sup>937</sup> WEBER, Freie Software, 52.

<sup>938</sup> WEBER, Freie Software, 52.

<sup>939</sup> Vgl. hinten 190.

<sup>940</sup> Aus dem Lateinischen: „licet“ = es ist erlaubt, HILTY, Lizenzvertragsrecht, 7 FN 14.

Im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen<sup>941</sup> stellt sich denn auch die Frage, ob die Creative-Commons-Lizenzen wirklich ohne Weiteres als herkömmliche Lizenzverträge in dem von der Lehre entwickelten Sinn qualifiziert werden können oder ob besondere Merkmale vorliegen, die es zumindest teilweise rechtfertigen, bestimmte Rechtsregeln anderer Vertragstypen auf die sich stellenden Fragen anzuwenden bzw. neue Regelungen zu schaffen, die den betreffenden Besonderheiten mehr Rechnung tragen als bereits bestehende Normen. Für die der Bestimmung der anwendbaren Rechtsregeln zugrunde liegende Qualifikation der Creative-Commons-Vertragsverhältnisse sind zunächst die Merkmale des herkömmlichen Lizenzvertrags zu eruieren, um diese in einem zweiten Schritt den Merkmalen der Creative-Commons-Verträge gegenüberzustellen.

#### **2.4.1. Merkmale des Lizenzvertrags**

Im URG lässt sich im Unterschied zu anderen Spezialgesetzen des Immaterialgüterrechts<sup>942</sup> kein ausdrücklicher Hinweis auf die Möglichkeit der Lizenzierung finden<sup>943</sup>. An einigen Stellen wird der Begriff des Lizenzvertrags lediglich erwähnt<sup>944</sup>, ohne dass allerdings Normen vertragsrechtlicher Art auszumachen wären, die Gegenstand oder Inhalt des Lizenzvertrags näher regeln würden<sup>945</sup>. Auch wenn es sich beim Lizenzvertrag aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung somit um einen Innominatkontrakt handelt, der im Einzelfall sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann<sup>946</sup>, haben sich in der Literatur und Rechtsprechung einige Kriterien herausgebildet, die einen Lizenzvertrag auszeichnen<sup>947</sup>. Dabei werden regelmässig folgende Merkmale genannt<sup>948</sup>:

- Beteiligung von mindestens einem Lizenzgeber und einem Lizenznehmer;
- das Vertragsverhältnis ist auf eine bestimmte oder unbestimmte Dauer gerichtet;
- Grundlage des Vertrags bildet ein faktisch oder rechtlich dem Lizenzgeber vorbehaltenes immaterielles Gut;

---

<sup>941</sup> Vgl. hinten 153.

<sup>942</sup> Siehe z.B. Art. 34 Abs. 1 PatG; Art. 18 MSchG; Art. 15 DesG; Art. 21 SoSchG.

<sup>943</sup> STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 22.

<sup>944</sup> So spricht Art. 23 URG von der Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern, Art. 62 Abs. 3 URG befasst sich mit der Aktivlegitimation des ausschliesslichen Lizenznehmers, und in Art. 76 Abs. 1 URG wird den klageberechtigten Lizenznehmern das Recht eingeräumt, bei der Zollverwaltung Hilfeleistung zu verlangen. Vgl. weiter auch Art. 81a URG.

<sup>945</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 149.

<sup>946</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 7 ff.

<sup>947</sup> Der Lizenzvertrag zählt zu den verkehrstypischen Innominatverträgen, vgl. statt vieler STIEGER, 4.

<sup>948</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 6 f. m.w.N.; WEBER, Freie Software, 50 f.

- der Lizenznehmer wird vom Lizenzgeber zur beschränkten oder unbeschränkten Nutzung des Immaterialgutes ermächtigt;
- i.d.R. verpflichtet sich der Lizenznehmer als Gegenleistung für die Nutzungsrechteeinräumung zur Erbringung einer Vergütung<sup>949</sup>.

Im Regelfall erfüllt ein Lizenzvertrag sämtliche vorstehenden Elemente, wobei die Entgeltlichkeit der Nutzungsrechteeinräumung üblich, jedoch nicht zwingend ist<sup>950</sup>.

#### **2.4.2. Lizenzvertragsfremde Elemente der Creative-Commons-Verträge**

Wie beim Lizenzvertrag auch sind beim Creative-Commons-Vertragsverhältnis zwei Parteien beteiligt. Zudem kommt es beim Creative-Commons-Vertragsschluss ebenfalls zur Entstehung eines Dauerschuldverhältnisses, das im Fall einer Creative-Commons-Lizenz auf die Dauer der rechtlichen Schutzfrist beschränkt ist<sup>951</sup>. Inhalt der vertraglichen Abmachung ist, ebenso wie beim Urheberrechtslizenzvertrag, die Einräumung von Nutzungsrechten an einem urheberrechtlich geschützten Werk. Der Rechteinhaber ermächtigt seinen Vertragspartner dabei je nach gewähltem Creative-Commons-Vertrag zu einer unbeschränkten oder beschränkten Nutzung des Werks.

Allen Creative-Commons-Lizenzen gemeinsam und somit kennzeichnend ist das Merkmal der fehlenden Gegenleistung, da die Pflichten, die dem Berechtigten auferlegt werden, nicht als „Entgelt“ für die Rechteinräumung durch den Rechteinhaber zu qualifizieren sind<sup>952</sup>. Damit fehlt den Creative-Commons-Lizenzen der synallagmatische Charakter, der für Lizenzverträge i.d.R. typisch, nicht aber zwingend ist. Denn neben den vollkommen zweiseitigen Lizenzverträgen wird auch die Existenz von sog. Gratis- oder Freilizenzen anerkannt, deren Vorliegen im Zweifelsfall jedoch nicht vermutet wird<sup>953</sup>. Zudem sind solche Gratis- oder Freilizenzen oft im Zusammenhang mit anderen, entgeltlichen Verträgen (z.B. Kauf- oder Werkvertrag) anzutreffen<sup>954</sup>.

Ein weiteres, für den Lizenzvertrag untypisches Merkmal besteht in der Art der Verbreitung der Creative-Commons-Lizenzen. So können Lizenznehmer das Angebot zum Vertrags-

<sup>949</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 6 f.; WEBER, Freie Software, 50 f.

<sup>950</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 7, 13; VON BÜREN, Lizenzvertrag, SIWR I/1, 348; WEBER, Freie Software, 51.

<sup>951</sup> Vgl. Ziffer 3 Absatz 1 sowie Ziffer 7 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>952</sup> Vgl. hierzu vorne 143.

<sup>953</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 271 f. und 485 m.w.N.; WEBER, Freie Software, 51.

<sup>954</sup> WEBER, Freie Software, 51.

schluss zwar an Dritte weitergeben, sind jedoch nicht zum Abschluss von Unterlizenzen berechtigt<sup>955</sup>. Vielmehr wird dem Dritten seine vertragliche Berechtigung direkt vom Lizenzgeber eingeräumt, während dem ersten Lizenznehmer lediglich eine Vermittlerrolle zukommt. So ergibt sich bei der Rechteinräumung keine immer länger werdende Lizenzierungskette, sondern es bestehen parallele Lizenzen des Lizenzgebers mit beliebig vielen Lizenznehmern<sup>956</sup>. Das Verbot der Unterlizenzierung ist im Vergleich zum Lizenzvertrag kein atypisches Element, da auch der herkömmliche Lizenzvertrag die Unterlizenzierung nach h.L. grds. nur dann erlaubt, wenn sie vereinbart wurde<sup>957</sup>. Die Besonderheit der Regelung im Zusammenhang mit der Verbreitung der Creative-Commons-Lizenzen besteht jedoch darin, dass der Lizenzgeber i.d.R. weder im Zeitpunkt der Nutzungseinräumung noch später weiss, wie viele (zukünftige) Vertragspartner existieren und wer diese sind bzw. sein werden; will der Lizenzgeber mehr über die Identität seiner Lizenznehmer erfahren, muss er die faktischen Nutzungsketten zurückverfolgen bzw. seine Lizenznehmer gestützt auf Urhebervermerke und unter Mitwirkungspflichten derjenigen Lizenznehmer, die als Vermittler agiert haben, ausfindig machen<sup>958</sup>, was aufgrund der rasanten Verbreitung eines Werks im Internet kaum zu bewerkstelligen ist.

Die Merkmale der fehlenden Gegenleistung, der jederzeitigen Rechteeinräumung durch den ursprünglichen Lizenzgeber unter Einsatz der Lizenznehmer als Vermittler zum Vertragschluss sowie die Nichtbestimmtheit bzw. Nichtbestimmbarkeit der Identität der Lizenznehmer unterscheidet sämtliche Creative-Commons-Lizenzen vom herkömmlichen Lizenzvertrag.

Daneben bestehen weitere Unterscheidungskriterien in Bezug auf die einzelnen Creative-Commons-Vertragsverhältnisse. Die Creative-Commons-Lizenzen *Namensnennung-Nicht kommerziell*, *Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung* sowie *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* erlauben die Weiterverbreitung des Lizenzgegenstandes nur zu nichtkommerziellen Zwecken. Auch wenn der Abschluss eines herkömmlichen Lizenzvertrags ohne die Absicht der kommerziellen Verwertung des Lizenzgegenstandes erfolgen kann, werden Lizenzverträge i.d.R. gerade mit dem Ziel abgeschlossen, dem Vertragspartner die Verwertung der lizenzierten Rechte zu ermöglichen.

---

<sup>955</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a Absatz 1 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>956</sup> Vgl. vorne 123.

<sup>957</sup> So etwa BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 241 zu Einl. vor Art. 184 ff.; AEGERHARD, 70; K. TROLLER, 726 und 740; differenzierend HILTY, Lizenzvertragsrecht, 758 ff.

<sup>958</sup> Für Open-Source-Software vgl. WEBER, Freie Software, 56.

Die drei Creative-Commons-Lizenzen mit dem Modul *Nicht kommerziell* unterscheiden sich deshalb in diesem Punkt vom herkömmlichen Lizenzvertrag.

Weiter ist die Verpflichtung der Creative-Commons-Lizenzen mit dem Modul „*Weitergabe unter gleichen Bedingungen*“, Bearbeitungen des Lizenzgegenstandes bei dessen Verbreitung unter dieselbe Lizenz zu stellen, unter der der ursprüngliche Lizenzgegenstand zur Verfügung stand bzw. unter eine mit dieser kompatiblen Lizenz, nicht typisch für den Lizenzvertrag im herkömmlichen Sinn<sup>959</sup>. So werden die Lizenznehmer der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* bei der Verbreitung ihrer Bearbeitung zu deren freien Weitergabe unter Erlaubnis der (Weiter-)Bearbeitung verpflichtet, während die Lizenznehmer der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* ihre Bearbeitung nur dann verbreiten dürfen, wenn dies zu nichtkommerziellen Zwecken erfolgt und die (Weiter-)Bearbeitung ebenfalls erlaubt wird. Insofern weichen die beiden Creative-Commons-Lizenzen mit dem Modul *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* ebenfalls in nicht unerheblichem Mass vom herkömmlichen Lizenzvertrag ab.

Schliesslich haben sämtliche Creative-Commons-Lizenzgeber, welche die Bearbeitung ihres Lizenzgegenstandes erlauben, ein Interesse an dessen Weiterbearbeitung. Zwar kann auch ein Lizenzgeber eines herkömmlichen Lizenzvertrags ein Interesse daran haben, dass der Lizenznehmer sein Werk abändert, um es beispielsweise zu verbessern und in elektronischem Format weiterzuverbreiten. Das Interesse des Lizenzgebers einer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung*, *Namensnennung-Nicht kommerziell* oder *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* kann jedoch auch darin bestehen, dass die Lizenznehmer nicht nur Änderungen im Hinblick auf die besseren Verbreitungsmöglichkeiten des ursprünglichen Lizenzgegenstandes vornehmen, sondern auch andere, neue Werke schaffen, denen der ursprüngliche Lizenzgegenstand als Basis zugrunde liegt. Diese Tatsache unterscheidet die Creative-Commons-Lizenzen *Namensnennung*, *Namensnennung-Nicht kommerziell* sowie *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* von den herkömmlichen Lizenzverträgen.

Während die Creative-Commons-Lizenzen somit in einigen Elementen mit dem herkömmlichen Lizenzvertrag übereinstimmen, lassen sich teilweise doch spezifische Merkmale ausmachen, die nicht so richtig in das Konzept des Lizenzvertrags passen wollen. Zudem kommt den Creative-Commons-Verträgen eine, im Gegensatz zur Gegenseitigkeitskomponente des

---

<sup>959</sup> Für Open-Source-Software vgl. WEBER, Freie Software, 51.

herkömmlichen Lizenzvertrags stehende, Gemeinschaftskomponente zu, indem sowohl das Interesse des Rechteinhabers als auch das des Nutzers in der Weiterverbreitung und Nutzung des Lizenzgegenstandes besteht. Diese Gemeinschaftskomponente ist bei sämtlichen Creative-Commons-Lizenzen vorhanden, wobei sie bei jenen Lizenzen noch ausgeprägter ist, welche die Bearbeitung erlauben, zumal der Lizenzgeber dadurch ausdrücklich seinen Willen kundgibt, dass sein Werk als Grundlage für weiterführende Werke genutzt werden soll<sup>960</sup>.

## **2.5. Eigene Stellungnahme**

Nach der vorstehend vorgenommenen Untersuchung der einzelnen Merkmale der Creative-Commons-Verträge und deren Gegenüberstellung mit gesetzlich geregelten Vertragstypen sowie mit dem Lizenzvertrag als gesetzlich nicht geregeltem Vertrag sui generis kann festgehalten werden, dass sich die Creative-Commons-Verträge aus gesetzlich nicht geregelten Tatbestandselementen zusammensetzen, wobei diese teils mit den lizenzvertragsrechtlichen Elementen übereinstimmen, teils aber auch von diesen abweichen. In Einzelfällen lässt sich zudem das Vorliegen gesellschaftsvertraglicher Elemente bejahen.

Während das Vorliegen gesetzlich nicht geregelter und auch vom Lizenzvertrag abweichender Elemente nach der oben genannten herkömmlichen Meinung<sup>961</sup> zu einer Qualifikation der Creative-Commons-Verträge als eigenständige, sich auch vom Lizenzvertrag unterscheidende Innominatkontrakte sui generis führt, wird in dieser Arbeit der anderen in der Lehre vertretenen Meinung gefolgt, wonach es sich bei Innominatkontrakten erst dann um einen Vertrag sui generis handelt, wenn die Tatbestandselemente eine besondere innere Einheit aufweisen und nicht bloss eine eigenständige Mischung darstellen<sup>962</sup>. Eine solche besondere innere Einheit ist für die Creative-Commons-Verträge zu verneinen. Auch wenn die Creative-Commons-Lizenzen als Open-Content-Lizenzen einige Besonderheiten im Gegensatz zum herkömmlichen Lizenzvertrag aufweisen, vermögen diese nicht eine eigentliche Neuschöpfung mit besonderer innerer Einheit zu begründen. Die Creative-Commons-Verträge sind folglich gemischte Innominatkontrakte, die hauptsächlich aus lizenzvertragsrechtlichen Elementen bestehen<sup>963</sup>, deren Besonderheiten jedoch bei der Ermittlung der anzuwendenden Regelungen Rechnung zu tragen ist.

---

<sup>960</sup> Zur Interessenvergemeinschaftung bei Open-Source-Software vgl. WEBER, Freie Software, 54 ff.

<sup>961</sup> Vgl. vorne 118.

<sup>962</sup> Vgl. vorne 118.

<sup>963</sup> Auch wenn es sich beim Lizenzvertrag um einen Innominatkontrakt sui generis handelt, kann er durchaus Teil eines gemischten Vertrags werden, wobei er seinen Charakter als Vertrag sui generis nicht verliert, HILTY, Lizenzvertragsrecht, 167.

Die Creative-Commons-Lizenzen können somit keinem der verkehrsüblichen Innominatkontrakte vollständig untergeordnet werden. Aufgrund der grossen Anzahl von bereits abgeschlossenen Creative-Commons-Verträgen fragt sich, ob der Creative-Commons-Vertrag nicht bereits selbst als verkehrstypischer Innominatkontrakt zu gelten hat. Da aber bisher weder der Literatur noch Rechtsprechung gefestigte Kriterien zur Handhabung von Creative-Commons-Verträgen herausgebildet haben, kommt ihnen zumindest vorläufig noch nicht die Eigenschaft als verkehrstypische Innominatkontrakte zu.

### **3. Rechtsgrundlage des Creative-Commons-Vertrags**

Die Frage, welche Rechtsnormen auf ein Innominatkontraktverhältnis anwendbar sind, ist umstritten. Der diesbezügliche Theorienstreit<sup>964</sup> ist in praktischer Hinsicht zweifach relevant: Einerseits hilft er bei der Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit zwingender Bestimmungen des Besonderen Teils des Obligationenrechts, andererseits gibt er Aufschluss darüber, welche Normen zur Vertragsergänzung beizuziehen sind<sup>965</sup>. Ausgangspunkt der Beantwortung rechtlicher Fragestellungen ist auch beim Vorliegen eines Innominatkontrakts gleich dem Vorgehen bei Nominatverträgen die konkrete Vereinbarung der Parteien<sup>966</sup>. Lässt sich der tatsächliche übereinstimmende Wille nicht eruieren, so ist der hypothetische Parteiwille zu ermitteln<sup>967</sup>. Dazu ist die Vereinbarung aus sich heraus auszulegen<sup>968</sup>, d.h. die Auslegung hat sich am Sinn und Zweck der Vereinbarung zu orientieren<sup>969</sup>. Zur Feststellung des wirklichen bzw. mutmasslichen Willens der Parteien sind die herkömmlichen, durch Rechtsprechung und Lehre entwickelten Auslegungsgrundsätze heranzuziehen<sup>970</sup>. Kann die Antwort auf eine Frage durch Auslegung des Vertrags nicht ermittelt werden, ist die Lücke mittels Vertragsergänzung

---

<sup>964</sup> Statt vieler BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 13 ff. zu Einl. vor Art. 184 ff. OR.

<sup>965</sup> WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 270 f.

<sup>966</sup> Art. 18 Abs. 1 OR; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 148; HUGUENIN, N 3694; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 13 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>967</sup> HUGUENIN, N 3694.

<sup>968</sup> So fordert auch BUCHER, dass den Besonderheiten von nicht zwangslos einem gesetzlichen Typus zuzuordnenden Verträgen dahingehend Rechnung getragen werden sollte, dass sie „aus sich selbst heraus verstanden [werden] und als oberste Richtschnur der Parteiwille gilt“. Regelungen gesetzlich normierter Verträge sollten nur dann angewendet werden, wenn die Problemstellung jener entspricht, die der betreffenden gesetzlichen Regelung zugrunde liegt. Das kann zur Folge haben, dass auf denselben Vertrag bei zwei unterschiedlichen Problemstellungen die Regelungen von zwei unterschiedlichen Vertragstypen angewendet werden, BSK OR I-BUCHER, N 45 zu Vor Art. 1.

<sup>969</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 148.

<sup>970</sup> Zu den allgemein anwendbaren Regeln und Mitteln für die Vertragsauslegung siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1204 ff.; vgl. auch BSK OR I-BUCHER, N 18 ff. zu Art. 18; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 148 sowie eingehend 376 ff.

zu schliessen<sup>971</sup>. Ohne Weiteres anwendbar sind dabei die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des OR<sup>972</sup>.

Da es sich bei den Creative-Commons-Verträgen um Innominatkontrakte handelt und ergänzende Gesetzesregeln somit fehlen, stellt sich die Frage nach einer alternativen Methode zur Eruierung der für die Vertragsergänzung heranzuziehenden Rechtsnormen. Die in der Lehre dafür entwickelten Theorien sind nach der h.L. einzeln für sich genommen nicht überzeugend<sup>973</sup>. So folgt auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung dem Methodenpluralismus, womit sich die anwendbare Methode je nach den Umständen des Einzelfalles bestimmt<sup>974</sup>. Da es sich bei den Creative-Commons-Verträgen um gemischte Verträge aus gesetzlich nicht geregelten Elementen handelt, sind die von der Lehre entwickelte Kombinationstheorie<sup>975</sup> sowie die Theorie der analogen Rechtsanwendung<sup>976</sup>, welche die Mischung von gesetzlich geregelten Vertragstypen voraussetzen, zur Vertragsergänzung von vornherein nicht anwendbar<sup>977</sup>. Die Absorptionstheorie geht von der Anwendbarkeit des Rechts des dominanten Vertragstypus aus, während das auf die typenfremden Elemente anwendbare Recht absorbiert wird<sup>978</sup>. I.d.R. wird es sich beim dominierenden Vertrag dabei um einen Nominatvertrag handeln, der mit gesetzlich geregelten oder gesetzlich nicht geregelten typenfremden Elementen kombiniert ist. Zwingend ist dies aber nicht. So kann durchaus auch ein sich zu einem gesetzlichen Typus verdichteter Innominatkontrakt wie der Lizenzvertrag mit atypischen Elementen kombiniert werden<sup>979</sup>. Eine eben solche Konstellation liegt bei den Creative-Commons-Verträgen vor.

Geht man von einer Absorption der lizenzvertragsfremden Elemente aus, so liegt ein reiner Lizenzvertrag vor, womit sich die Frage nach der Anwendung lizenzvertragsrechtsfremder Regeln gerade nicht stellt<sup>980</sup>. Handelt es sich aber wie vorliegend um eine echte Mischung, dann wäre es im Hinblick auf die gerade nicht lizenzvertragstypischen Elemente des Creative-

---

<sup>971</sup> STIEGER, 4.

<sup>972</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 161; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 2 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>973</sup> HUGUENIN, N 3696.

<sup>974</sup> HUGUENIN, N 3696.

<sup>975</sup> Zum Begriff der Kombinationstheorie vgl. BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 18 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>976</sup> Zur Theorie der analogen Rechtsanwendung vgl. BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 20 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>977</sup> Vgl. für den dem Creative-Commons-Vertragsverhältnis zugrunde liegenden Lizenzvertrag HILTY, Lizenzvertragsrecht, 168 f.

<sup>978</sup> HUGUENIN, 3697; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 17 zu Einl. vor Art. 184 ff. m.w.N.

<sup>979</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 167.

<sup>980</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 168.



Commons-Vertrags verfehlt, dennoch von der Anwendbarkeit der lizenzvertragsrechtlichen Regelungen auszugehen. So lehnen einige Autoren die Absorptionstheorie deshalb ab, weil sie versucht, ein differenziertes Vertragsgebilde auf undifferenzierbare Weise einem gesetzlich normierten Vertragstyp oder – wie vorliegend – einem verkehrstypischen Innominatkontrakt zuzuordnen<sup>981</sup>. Das Bundesgericht geht beim gemischten Vertrag ebenfalls nicht von einer Absorption der typenfremden Elemente aus. Vielmehr betrachtet es jede Rechtsfrage, die sich im Zusammenhang mit einem gemischten Vertrag stellt, isoliert<sup>982</sup>. Schliesslich besagt die Kreationstheorie, der Anweisung von Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB folgend, dass das Gericht die fehlenden Regeln selbst zu setzen hat, falls kein Gewohnheitsrecht besteht<sup>983</sup>.

Da somit keine der genannten Theorien isoliert zur Anwendung gelangt, ist bei der Bestimmung der Rechtsgrundlage gemischter Verträge wie folgt vorzugehen: Enthält ein gemischter Vertrag in Bezug auf eine sich stellende Rechtsfrage keine Regelung und kann weder der tatsächliche noch der hypothetische Wille der Parteien ermittelt werden, ist zuerst zu prüfen, ob die Vertragsergänzung mittels des einschlägigen Typenrechts vorgenommen werden kann<sup>984</sup>. Im Zusammenhang mit der Auslegung von Creative-Commons-Verträgen bedeutet dies, dass vorab zu eruieren ist, ob die sich stellende Frage aufgrund der sich zum Lizenzvertrag gefestigten Regelungen beantwortet werden kann. In einem zweiten Schritt ist die gefundene Lösung im Hinblick auf ein harmonisches Gesamtergebnis allenfalls zu modifizieren, sodass sie den Besonderheiten des betreffenden gemischten Vertrags entspricht<sup>985</sup>. Der Rechtsanwender hat dabei im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB mit Bezug auf den betreffenden Einzelfall eine allgemeingültige Regel zu finden<sup>986</sup>.

#### **4. Form**

Grundsätzlich ist der Abschluss eines Vertrags bei Fehlen einer vertraglich oder gesetzlich vorgeschriebenen Form formfrei gültig (Art. 16 Abs. 1 e contrario sowie 11 Abs. 1 OR). Die Creative-Commons-Lizenzen beinhalten keinen vertraglichen Formvorbehalt für das Zustandekommen des Vertrags. Zwar ist ein Schriftlichkeitsvorbehalt für die nachträgliche Abänderung der Verträge vorgesehen<sup>987</sup>, jedoch bezieht sich dieser nur auf die Änderung des Vertra-

---

<sup>981</sup> Vgl. hierzu BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 17 zu Einl. vor Art. 184 ff. m.w.N.

<sup>982</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 23 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>983</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 21 zu Einl. vor Art. 184 ff. m.w.N.

<sup>984</sup> Vgl. BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 48 zu Einl. vor Art. 184 ff.

<sup>985</sup> A. MEIER, 553.

<sup>986</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 173.

<sup>987</sup> Vgl. Ziffer 8 lit. e der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

ges und hat somit keinen Einfluss auf dessen Zustandekommen<sup>988</sup>. Besteht keine vertragliche Vereinbarung, kann ein Formzwang bei gesetzlich geregelten Verträgen gemäss Art. 11 Abs. 1 OR nur durch Gesetz begründet werden, nicht aber durch Gewohnheitsrecht oder richterliche Lückenfüllung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB<sup>989</sup>. Auf Innominatkontrakte hingegen sind auch durch Gewohnheitsrecht oder richterliche Lückenfüllung gebildete Formvorschriften anwendbar, soweit dies ihrem Zweck entspricht, zumal dadurch nicht neue, gesetzlich nicht vorgesehene Formvorschriften geschaffen, sondern vielmehr bereits bestehende Normen für Innominatkontrakte für anwendbar erklärt werden<sup>990</sup>.

Das Lizenzvertragsrecht, als den Creative-Commons-Vertrag dominierendes Typenrecht, sieht für unentgeltliche Lizenzverträge über Urheberrechte keinen Formzwang vor<sup>991</sup>. Es stellt sich allerdings die Frage, ob hier im Hinblick auf die Besonderheiten des Creative-Commons-Vertragsverhältnisses eine andere Regelung nicht angemessener wäre. Dies wäre dann der Fall, wenn das Creative-Commons-Vertragsverhältnis eine Schutzbedürftigkeit der Parteien in einer Weise begründen würde, für die das Gesetz bei Nominatverträgen einen Formzwang vorsieht<sup>992</sup>.

Eine solche Schutzbedürftigkeit ist für beide Vertragsparteien zu verneinen. So bedarf der Creative-Commons-Lizenzgeber nicht eines besonderen Schutzes in Form der Schriftlichkeitsvoraussetzung, der z.B. den Schenker beim Schenkungsversprechen vor Übereilung schützen soll<sup>993</sup>, zumal der Creative-Commons-Lizenzgeber bei der Erstellung der Creative-Commons-Lizenz Fragen im Hinblick auf die Einräumung bestimmter Rechte am Lizenzgegenstand zu beantworten hat und sich somit im Klaren darüber ist, welche Konsequenzen seine Handlung in Bezug auf den Lizenzgegenstand nach sich zieht. Auch die weiteren Zwecke der Formvorschriften wie die Rechtssicherheit unter den Parteien und nach aussen<sup>994</sup>, die Schaffung einer sicheren Grundlage für die Führung öffentlicher Register sowie der Zweck der Information zum Schutz der schwächeren Vertragspartei<sup>995</sup> vermögen bei den vorliegend zu untersuchenden Creative-Commons-Lizenzen keine Erforderlichkeit von Formvorschriften

---

<sup>988</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 611.

<sup>989</sup> SCHMID, öffentliche Beurkundung, N 307.

<sup>990</sup> SCHMID, öffentliche Beurkundung, N 307.

<sup>991</sup> Statt vieler HILTY, Lizenzvertragsrecht, 299 f.; generell zur Nicht-Formbedürftigkeit von Lizenzverträgen vgl. BGE 101 II 293, E. 2c; BGE 125 III 263, E. 4a.

<sup>992</sup> BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 32 zu Einl. vor Art. 184 ff.; SCHMID, öffentliche Beurkundung, N 318.

<sup>993</sup> BGE 117 II 382, E. 2b.

<sup>994</sup> BGE 68 II 229, E. I.1.

<sup>995</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 497 ff. m.w.N.

zu begründen. Insbesondere ist zu beachten, dass die Vertragsparteien ihre rechtswirksamen Erklärungen zwar nicht unterzeichnen, die Bedingungen des Creative-Commons-Vertrags jedoch in schriftlicher und jeder Zeit einsehbarer Form vorliegen.

## **5. Zustandekommen des Creative-Commons-Vertragsverhältnisses**

### **5.1. Problematik**

Da es sich bei sämtlichen sechs Creative-Commons-Lizenzen um formlos gültige Innominatkontrakte handelt, auf welche die allgemeinen Bestimmungen des OR sowie, soweit mit dem harmonischen Gesamtergebnis vereinbar, die Regeln des Lizenzvertragsrechts anzuwenden sind, stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Eine Besonderheit der Creative-Commons-Lizenzen als Standardlizenzen ist das zeitlich oftmals sehr weite Auseinanderfallen der Willensäußerungen durch den Lizenzgeber und den Lizenznehmer sowie die Tatsache, dass sich die Parteien im Allgemeinen nicht kennen und auch nie in direktem Kontakt miteinander stehen. Damit eine vertragliche Bindung zwischen dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer dennoch möglich ist, muss dieser fehlende Kontakt rechtsgültig überwunden werden<sup>996</sup>.

Im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung ist insbesondere zu beachten, dass eine je nach gewählter Lizenz mehr oder weniger umfassende, in jedem Fall aber kostenlose Rechteeinräumung beabsichtigt wird, die dem Lizenznehmer mehr Rechte einräumt, als ihm von Gesetzes wegen zukommen. Zudem hat eine Verletzung der als auflösende Bedingungen ausgestalteten Vertragspflichten lediglich den Wegfall der Lizenz und somit den Wegfall der Benutzungserlaubnis zur Folge<sup>997</sup>. Damit wird der fehlbare vormalige Lizenznehmer in die rechtliche Position zurückversetzt, in der er sich vor Entstehen der Creative-Commons-Lizenz befand, womit er lediglich zur Nutzung des Lizenzgegenstandes im Rahmen der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen befugt ist. Darüber hinaus hat der Verstoss gegen die Lizenzbedingungen keine nachteiligen vertragsrechtlichen Folgen für den Lizenznehmer<sup>998</sup>.

---

<sup>996</sup> Vgl. HILTY, MMR 2003, 8.

<sup>997</sup> Vgl. hinten 182.

<sup>998</sup> Vgl. hinten 183.

## 5.2. Zugang der Willenserklärungen

Antrag und Annahme zum Vertragsschluss sowie deren Widerruf gelten als empfangsbedürftige Willenserklärungen<sup>999</sup>. Wie noch aufgezeigt wird, kann im Rahmen der Creative-Commons-Lizenzierung auf den Zugang der Annahmeerklärung durch den Lizenznehmer verzichtet werden<sup>1000</sup>. Bezüglich des Antrags zum Creative-Commons-Vertragsschluss sowie dessen Widerruf stellt sich jedoch die Frage nach dem Zugang dieser Willenserklärungen. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung entfaltet ihre Wirkung erst, wenn sie dem Empfänger zugeht, also in dessen Machtbereich gelangt und dieser somit die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Willenserklärung auch Kenntnis zu nehmen<sup>1001</sup>. Eine elektronische Erklärung gilt nach h.L. als zugegangen, wenn sie auf dem Empfangsgerät des Empfängers gespeichert ist, wobei die Speicherung auf einem fremden Computer dann als Zugang gilt, wenn der Empfänger – und nur er, z.B. mit Hilfe eines Passwortschutzes – sie jederzeit abrufen kann<sup>1002</sup>.

Im Zusammenhang mit dem Creative-Commons-Vertragsschluss stellt sich insbesondere die Frage nach dem Zugang einer elektronischen Erklärung, die auf einer Website des Lizenzgebers oder eines Dritten gespeichert ist und auf die der Empfänger mit Hilfe eines Computers über das Internet zugreift. Ruft der Nutzer die Internetadresse einer Website auf, die ein Creative-Commons-lizenziertes Werk enthält, schickt der Zielserver die Daten der Website an den Internetserver des Providers, von wo sie auf den Computer des Anfordernden weitergeleitet, dort im Arbeitsspeicher gespeichert und im Browser angezeigt werden<sup>1003</sup>. Da es durch das Aufrufen einer Website somit immer zu einer Speicherung der Daten auf dem Computer des Aufrufenden kommt, gilt eine auf einer Website gespeicherte Erklärung wie etwa der Antrag zum Abschluss einer Creative-Commons-Lizenz mit dieser Speicherung auf dem Endgerät des Nutzers als zugegangen<sup>1004</sup>.

---

<sup>999</sup> Zu den empfangsbedürftigen Erklärungen vgl. statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 194 ff.

<sup>1000</sup> Vgl. hinten 167.

<sup>1001</sup> WEBER/JÖHRI, 45; KOCH, Internet-Recht, 107; THOT/GIMMY, 8; WEBER, E-Commerce, 343.

<sup>1002</sup> ROSENTHAL, Projekt Internet, 326 f.; WEBER/JÖHRI, 45; WEBER, E-Commerce, 343 m.w.N.

<sup>1003</sup> HOLZBACH/SÜBENBERGER, N 183.

<sup>1004</sup> Vgl. allgemein zum Zugang einer Computererklärung in Form einer Website im deutschen Recht HOLZBACH/SÜBENBERGER, N 184.

### 5.3. Übereinstimmende Willenserklärungen

#### 5.3.1. Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt

Das Zustandekommen des Creative-Commons-Vertragsverhältnisses richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 1 ff. OR, wonach eine Einigung über die wesentlichen Punkte des Vertrags erforderlich ist<sup>1005</sup>. Als objektiv wesentlich gelten dabei nach allgemeiner Auffassung die vertragstypenbestimmenden Teile des Vertrags<sup>1006</sup>. Bei Innominatkontrakten wird mindestens die Regelung der von den Parteien zu erbringenden Leistung verlangt, sodass der Sinn des Vertrages erkennbar ist<sup>1007</sup>. Objektiv wesentlich ist nach übereinstimmender Auffassung der Gegenstand der typischen Hauptleistung<sup>1008</sup>. Beim Lizenzvertrag gilt in jedem Fall der Lizenzgegenstand als objektiv wesentlich<sup>1009</sup>. Uneinigkeit besteht im Allgemeinen hingegen im Hinblick auf die objektive Wesentlichkeit der Frage, ob die vereinbarte Leistung entgeltlich oder unentgeltlich zu erbringen ist<sup>1010</sup>. Nach der hier vertretenen Ansicht kann die Frage der Entgeltlichkeit der zu erbringenden Leistung nur bei solchen Verträgen objektiv wesentlich sein, bei denen die Entgeltlichkeit zwingend vorausgesetzt wird, wie z.B. beim Kaufvertrag oder bei der Miete<sup>1011</sup>, nicht jedoch bei Verträgen, für die das Bestehen einer Gegenleistungspflicht kein entscheidendes Merkmal ist, wie z.B. beim herkömmlichen Lizenz-

---

<sup>1005</sup> Vgl. zum Lizenzvertrag HILTY, Lizenzvertragsrecht, 275; allgemein zur Erforderlichkeit der Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte statt vieler BSK OR I-BUCHER, N 20 zu Art. 1.

<sup>1006</sup> BSK OR I-BUCHER, N 20 zu Art. 1; BK-BECKER, N 4 zu Art. 2 OR; KUKO OR-WIEGAND, N 21 zu Art. 1; SCHWENZER, N 29.03; vgl. demgegenüber erachten GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, 335, einen Konsens hinsichtlich all jener Punkte für nötig, die den unverzichtbaren „Geschäftskern“ darstellen, also jene Punkte, die nur durch die Parteien selbst geregelt werden können, bei deren Fehlen somit keine Lückenfüllung durch dispositives oder sinngemäss angewandtes Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht oder Richterrecht möglich ist.

<sup>1007</sup> BSK OR I-BUCHER, N 23 zu Art. 1.

<sup>1008</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, 337; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 275.

<sup>1009</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 275.

<sup>1010</sup> Bejahend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, 337; differenzierend HILTY, Lizenzvertragsrecht, 275 ff.; BUCHER unterscheidet für die objektive Wesentlichkeit des Vorliegens einer Preisvereinbarung zwischen noch zu erfüllenden und bereits erfüllten Verträgen. Während im ersten Fall mangels Preisabsprache kein Vertrag zustande komme, könne die Vertragspartei, die ihre Leistung bereits erbracht habe, nicht auf Bereicherungsansprüche verwiesen werden, weshalb von der Gültigkeit des Vertrages auch bei fehlendem Konsens betreffend das Vorliegen einer Preisvereinbarung auszugehen sei, BSK OR I-BUCHER, N 26 zu Art. 1.

<sup>1011</sup> Sind sich C und M einig, dass C von M ein Fahrrad erhalten soll, ohne dass vereinbart wurde, ob C an M einen Kaufpreis zahlen muss, ist nach der hier vertretenen Ansicht mangels Regelung der wesentlichen Punkte des Kaufvertrags (Lieferung der Kaufsache gegen Bezahlung des Kaufpreises) kein Kaufvertrag zustande gekommen, da es sich ebenso gut um eine Schenkung des M an C handeln könnte. Ebensowenig kommt ein Mietvertrag über das Fahrrad zustande, wenn sich C und M zwar einig sind, dass M C das Fahrrad zum Gebrauch überlässt, jedoch keine Mietpreisvereinbarung besteht. Auch hier ist nach vorliegend vertretener Ansicht mangels Konsens über die Zahlungspflicht weder ein Miet- noch ein Leihvertrag zustande gekommen.

vertrag. Da die Creative-Commons-Lizenzen zwingend unentgeltlich sein müssen, stellt das Fehlen der Gegenleistung somit einen objektiv wesentlichen Punkt dar.

Bei den übrigen Vertragspunkten der Creative-Commons-Lizenzen wie z.B. dem Umfang der Rechteeinräumung oder der Beschränkung auf die nichtkommerzielle Nutzung bei den Lizenzen mit dem Lizenzmodul *Nicht kommerziell* handelt es sich hingegen weder um objektiv noch um subjektiv wesentliche Vertragspunkte, sondern vielmehr um Bedingungen<sup>1012</sup>. Eine allfällige Nichteinigung über einen dieser Punkte hindert somit das Zustandekommen des betreffenden Creative-Commons-Vertrages nicht.

### 5.3.2. Austausch der Willenserklärungen

Der eigentliche Creative-Commons-Lizenztext beginnt mit dem Hinweis darauf, dass sich der Lizenznehmer durch die Ausübung eines durch die Lizenz gewährten Rechts mit den Lizenzbedingungen rechtsverbindlich einverstanden erklärt<sup>1013</sup>. Allerdings hat diese Bestimmung keine Wirkung in Bezug auf den Vertragsschluss, zumal ein solches Vorgehen auf die Vertragsbedingungen, noch bevor der Vertrag überhaupt zustande gekommen ist und die betreffenden Bedingungen gültig einbezogen worden sind, eine unzulässige Fiktion darstellen würde<sup>1014</sup>. Es gilt deshalb unabhängig von dieser Bestimmung zu prüfen, wann das Creative-Commons-Vertragsverhältnis zustande kommt.

#### 5.3.2.1. Antrag

Der Antrag<sup>1015</sup> als zeitlich erste Willenserklärung im Rahmen eines Lizenzvertrags ist unter Vorbehalt von Art. 11 Abs. 1 sowie Art. 16 OR an keine besondere Form gebunden und kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden (Art. 1 Abs. 2 OR)<sup>1016</sup>. Damit eine Willenserklärung als Antrag i.S.d. Gesetzes gilt, muss sie genügend bestimmt sein, d.h. bereits die *essentialia negotii* enthalten<sup>1017</sup>, und der Erklärende muss sein Angebot mit dem Willen kundgeben, daran gebunden zu sein (sog. Abschlusswille)<sup>1018</sup>. Fehlt dieser, liegt kein Antrag, evtl. aber eine *Invitatio ad offerendum* vor<sup>1019</sup>. In der Regel richtet sich ein Antrag an einen einzi-

---

<sup>1012</sup> Vgl. hinten 183.

<sup>1013</sup> Vgl. Absatz 1 nach Überschrift „Lizenz“ der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1014</sup> Vgl. zum deutschen Recht DEIKE, 13; KOCH, CR 2000, 339 f.; STROBEL, 779.

<sup>1015</sup> Auch Offerte oder Angebot.

<sup>1016</sup> Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 382.

<sup>1017</sup> Statt vieler BSK OR I-BUCHER, N 11 zu Art. 3.

<sup>1018</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 363.

<sup>1019</sup> KUKO OR-WIEGAND, N 7 zu Art. 7; BGer. 4C.162/2005 vom 18.05.2006, E. 2.2; zum deutschen Recht DEGEN/DEISTER, N 182.

gen Empfänger, kann aber auch an mehrere bestimmte oder unbestimmte Personen adressiert sein<sup>1020</sup>. Möglich ist auch ein Antrag an einen Dritten mit der Ermächtigung, das Angebot mit Wirkung für den Antragsteller an andere Personen weiterzugeben<sup>1021</sup>. Richtet sich der Antrag an einen unbestimmten Personenkreis, so spricht man von einer sog. *Offerta ad incertas personas*<sup>1022</sup>.

Im Zusammenhang mit der Veröffentlichung eines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz ist somit zu prüfen, ob das Bereitstellen des betreffenden Werks zum Download im Internet (oder auch die analoge Verbreitung eines Werkexemplars) unter Beifügung des Creative-Commons-Symbols als rechtlich verbindliches Angebot zur Lizenzeinräumung zu qualifizieren ist.

Ob die Veröffentlichung eines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz eine *Offerta ad incertas personas* oder eine *Invitatio ad offerendum* darstellt, ist letztlich durch Auslegung zu ermitteln<sup>1023</sup>. Bei fehlendem tatsächlichen Konsens hat die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen<sup>1024</sup>. Dabei wird einer Erklärung jene Bedeutung beigemessen, von der der Empfänger nach den „gesamten Umständen in guten Treuen ausgehen durfte und musste“<sup>1025</sup>.

Bei der Darstellung von Produkten oder Dienstleistungen auf einer Website im Internet geht die h.L. grds. vom Vorliegen einer *Invitatio ad offerendum* aus<sup>1026</sup>. Begründet wird dies damit, dass dem Anbieter nicht zugemutet werden könne, mit jeder beliebigen Person in jedem beliebigen Land einen Vertrag zu schliessen, ohne dass er nicht zumindest die Möglichkeit hat, die Bonität seines zukünftigen Vertragspartners oder die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten am Ort der Lieferung zu überprüfen<sup>1027</sup>. Zudem wird darauf hingewiesen, dass es im Zusammenhang mit der Lieferung von Waren zu Lieferschwierigkeiten kommen kann, falls

---

<sup>1020</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 387 f.

<sup>1021</sup> Vgl. BSK OR I-UCHER, N 13 zu Art. 3.

<sup>1022</sup> BSK OR I-UCHER, N 13 zu Art. 3; BSK OR I-UCHER, N 4 zu Art. 8; BK-FELLMANN, N 36 zu Art. 395 OR.

<sup>1023</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 371; WEBER, Vertragsabschluss, 242; SCHWENZER, N 28.10; FREI, N 161.

<sup>1024</sup> Statt aller GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 371.

<sup>1025</sup> BGE 122 III 106, E. 5a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 207; siehe auch MEIER-HAYOZ, 199; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 181 zu Art. 1 OR; vgl. zudem WEBER/JÖHRI, 43: „Ausschlaggebend ist jeweils, wie ein Nutzer eine Internetseite nach Treu und Glauben verstehen darf“.

<sup>1026</sup> WEBER, E-Commerce, 341; WEBER, Vertragsabschluss, 243; HONSELL/PIETRUSZAK, 774; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 374 und 377; WEBER/JÖHRI, 43; BALSCHKEIT, 170; FREI, N 167; SCHWAB, 55; für das deutsche Recht HAHN, 151; KOCH, Internet-Recht, 103 f.; WENDEL, 89; ELLENBERGER, N 2 zu § 145.

<sup>1027</sup> FREI, 55.

ein Produkt nicht verfügbar sein sollte<sup>1028</sup>. Anders beurteilt die h.L. allerdings den Fall, in dem sich das im Internet Angebotene direkt online herunterladen lässt, zumal sich dann die Frage der Liefermöglichkeit gar nicht stellt<sup>1029</sup>. In vergleichbarer Weise verhält es sich auch beim Angebot zum Abschluss einer Creative-Commons-Lizenz, zumal sich das betreffende Werk beliebig oft reproduzieren lässt. Aufgrund der Unentgeltlichkeit des Creative-Commons-Vertrags hat der Anbieter zudem auch kein schützenswertes Interesse daran, die Bonität seines Vertragspartners zu kennen.

Aufgrund der Tatsache, dass es für den Antragssteller bezüglich der Vertragserfüllung keinen Nachteil darstellt, an sein Angebot gegenüber jeder beliebigen Person gebunden zu sein, ist somit vom Vorliegen einer *Offerta ad incertas personas* auszugehen.

Die Rechtswirkung des Antrags besteht in der Bindung des Antragsstellers dahingehend, dass er den Antrag weder ohne Weiteres widerrufen<sup>1030</sup> noch einseitig abändern darf, sowie in der Berechtigung des Empfängers, den Vertrag durch einseitige Annahmeerklärung zum Abschluss zu bringen<sup>1031</sup>. In Bezug auf die Bindung des Antragstellers an seinen Antrag unterscheidet das Gesetz zwischen Anträgen mit Annahmefrist (Art. 3 OR) und solchen ohne (Art. 4 und 5 OR). Bei letzteren gilt die gesetzliche Annahmefrist, deren Länge variiert, je nach dem, ob es sich um einen Antrag unter Anwesenden (Art. 4 OR) oder unter Abwesenden (Art. 5 OR) handelt. Ein Antragsteller ist nur dann nicht an seinen Antrag gebunden, wenn er einen entsprechenden Vorbehalt macht oder sich ein solcher aus der Natur des Geschäfts bzw. aus den Umständen ergibt (Art. 7 Abs. 1 OR). Solche Umstände liegen in der Regel dann vor, wenn die Willenserklärung an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtet ist, es sei denn, die Person des Vertragspartners hat für den Erklärenden keinerlei Bedeutung<sup>1032</sup>.

Aus der gesetzlichen Befristung des urheberrechtlichen Schutzes ergibt sich, dass die Monopolstellung des Rechteinhabers in Bezug auf sein Werk auf eine bestimmte Zeit befristet

---

<sup>1028</sup> FREI, 55.

<sup>1029</sup> So auch ROSENTHAL, Projekt Internet, 324 betreffend Computersoftware und andere Informationen, auf die der Kunde durch seinen Computer einen direkten Zugriff hat; gl. M. BALSCHKEIT, 170; SCHWENZER, N 28.10; WEBER/JÖHRI, 43; WEBER, E-Commerce, 342; für Deutschland siehe HAHN, 151 betreffend Online-Verträge, bei denen der Kunde die gewünschte Information herunterladen kann; da die betreffende Information beliebig oft reproduzierbar ist, ist es nach Meinung von HAHN nicht nötig, dass der Anbieter seine Lieferfähigkeit überprüfen können muss.

<sup>1030</sup> Zur Unmöglichkeit des Widerrufs eines Angebots zum Abschluss einer Creative-Commons-Lizenz vgl. hinten 164.

<sup>1031</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 391 ff.

<sup>1032</sup> BSK OR I-BUCHER, N 6 zu Art. 7.



ist<sup>1033</sup>. Gemäss den Creative-Commons-Lizenzbestimmungen enden sämtliche Lizenzen mit Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist für den Lizenzgegenstand<sup>1034</sup>. Daraus folgt, dass auch der Bindungswille des Lizenzgebers und somit der Antrag auf die Dauer des urheberrechtlichen Schutzes beschränkt sind. Der Antrag des Lizenzgebers einer Creative-Commons-Lizenz stellt daher einen bis zum Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist befristeten Antrag i.S.v. Art. 3 Abs. 1 OR dar, womit der Antragsteller bis zum Ablauf der Schutzfrist des Lizenzgegenstandes gebunden bleibt. Da die Bindung des Antragstellers bis zum Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist bisweilen sehr lange dauern kann, stellt sich hier die Frage, ob für den Antragsteller die Möglichkeit eines vorzeitigen Widerrufs des Antrags besteht.

Grundsätzlich sind Antrag und Annahme zu einem Vertragsschluss unwiderrufbar<sup>1035</sup>. Das Gesetz sieht in Art. 9 Abs. 1 OR bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen jedoch die Möglichkeit einer Entkräftung der Antragswirkung vor. Danach kann der Creative-Commons-Lizenzgeber die Annahme seines Antrags durch einen Nutzer und somit das Zustandekommen der Creative-Commons-Lizenz dann verhindern, wenn der Widerruf des Antrags vor oder gleichzeitig mit diesem beim Nutzer eintrifft bzw. durch den Nutzer bei späterem Eintreffen früher zur Kenntnis genommen wird.

Beim Widerruf handelt es sich somit um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Empfänger zugegangen sein muss, um Wirksamkeit zu entfalten<sup>1036</sup>. Dies stellt den Lizenzgeber vor zwei faktische Probleme: Zum Ersten weiss er – insbesondere bei der Werkverbreitung im Internet – nicht, wem sein Angebot bereits zugegangen ist bzw. wem es in Zukunft noch zugehen wird. Diese Problematik wird durch die Eigenheit der Creative-Commons-Lizenzen noch verstärkt, dass der Antrag zum Vertragsschluss nicht nur durch den Rechteinhaber selbst, sondern auch durch Dritte übermittelt werden kann und es durch die Annahme eines solchen Antrags zum Vertragsschluss zwischen dem Rechteinhaber und dem Folgenutzer kommt. Selbst wenn der Lizenzgeber also die Verbreitung des Lizenzgegenstandes beendet, wozu er gemäss den Creative-Commons-Lizenzbestimmungen berechtigt ist<sup>1037</sup>, kann das Angebot zum Vertragsschluss Dritten weiterhin zugehen, da bereits existierende Lizenzneh-

---

<sup>1033</sup> Der Urheberrechtsschutz erlischt gemäss Art. 29 Abs. 2 lit. b URG 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (bzw. 50 Jahre nach dem Tod des Urhebers von Computerprogrammen, vgl. lit. a der genannten Bestimmung).

<sup>1034</sup> Vgl. Ziffer 3 Absatz 1 sowie Ziffer 7 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1035</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 468; BK-SCHMIDLIN, N 1 zu Art. 9 OR.

<sup>1036</sup> Statt vieler BSK OR I-BUCHER, N 2 ff. zu Art. 9. Zum Begriff des Zugangs vgl. vorne 158.

<sup>1037</sup> Vgl. Ziffer 7 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

mer den Lizenzgegenstand selbst weiterverbreiten können<sup>1038</sup>. Es ist für den Lizenzgeber mangels Kenntnis der Identität zukünftiger Lizenznehmer somit faktisch unmöglich, diesen den Widerruf des Antrags vor dessen Zugang mitzuteilen.

Der zweite Grund für die faktische Unmöglichkeit des Widerrufs besteht darin, dass die Widerrufserklärung das Angebot aufgrund der Geschwindigkeit technischer Kommunikationsmittel i.d.R. nicht überholen kann<sup>1039</sup>, zumal das Angebot zum Abschluss einer Creative-Commons-Lizenz dem Empfänger i.d.R. dann zugeht, wenn die Website, auf der sich das Lizenzobjekt befindet, im Arbeitsspeicher des Computers des Empfängers gespeichert und im Browser angezeigt wird und somit vom Empfänger unmittelbar nach der Übermittlung zur Kenntnis genommen werden kann<sup>1040, 1041</sup>. Selbst wenn der Creative-Commons-Lizenzgeber also weiss, an wen er sein mit einem Creative-Commons-Symbol versehenes Werk verbreitet hat, kommt die Widerrufserklärung regelmässig zu spät<sup>1042</sup>. Auch die Platzierung des Widerrufs an der Originalfundstelle des Werks kann den Anforderungen von Art. 9 Abs. 1 OR nicht Genüge tun. Denn selbst wenn ein Dritter die Originalfundstelle nach Erhalt des Werks aufruft und den dort platzierten Widerruf zur Kenntnis nimmt, geschieht dies erst nach Eingang des Angebots, womit der Widerruf unwirksam ist.

Erschwerend kommt hinzu, dass die Beweislast den früheren Zugang bzw. die frühere Kenntnisnahme der Widerrufserklärung betreffend beim Lizenzgeber als Widerrufenden liegt, zumal gemäss Art. 8 ZGB derjenige das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Ansprüche ableitet<sup>1043</sup>. Somit hat der Absender einer Erklärung deren Zugang zu beweisen, wenn er aus der Erklärung Rechtswirkungen ableiten will<sup>1044</sup>. Selbst wenn der Lizenzgeber also an der früheren Fundstelle des Lizenzgegenstandes im Internet einen Widerruf der Crea-

---

<sup>1038</sup> Ein Creative-Commons-Lizenznehmer übermittelt Dritten das Angebot in der Funktion eines Boten, vgl. vorne 124.

<sup>1039</sup> WEBER, Vertragsabschluss, 247; BALSCHKEIT, 175; KÖHLER/ARNDT/FETZER, N 190; SCHWAB, 60 f.; KUKO OR-WIEGAND, N 5 zu Art. 9.

<sup>1040</sup> Vgl. vorne 79.

<sup>1041</sup> Vgl. zur Unmöglichkeit des Widerrufs einer Erklärung in Form einer Website HOLZBACH/SÜBENBERGER, N 193.

<sup>1042</sup> Theoretisch wäre es aber z.B. denkbar, dass der Rechteinhaber dem Angebotsempfänger sein Werk direkt via E-Mail zuschickt – es also nicht auf seiner Website veröffentlicht – und das Angebot telefonisch widerruft, bevor der Empfänger das Angebot zur Kenntnis genommen hat, vgl. dazu SCHWAB, FN 317; HUNGER, 72 f.

<sup>1043</sup> BSK OR I-UCHER, N 12 zu Art. 9; SCHWANDER, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, N 3 zu Art. 8.

<sup>1044</sup> Insbesondere der Beweis der späteren Kenntnisnahme durch den Adressaten des Widerrufs wird dem Widerrufenden kaum je gelingen, vgl. BSK OR I-UCHER, N 4 ff. und 12 zu Art. 9; KUKO OR-WIEGAND, N 4 zu Art. 9.

tive-Commons-Lizenz platziert, wird er kaum beweisen können, dass ein Nutzer noch vor dem Zugang des Angebots Kenntnis vom Widerruf erhalten hat.

Dennoch, allein die faktische Schwierigkeit des allgemeinen Angebots Widerrufs hat keine rechtlichen Folgen in Bezug auf die Möglichkeit des Zustandekommens des Creative-Commons-Vertrags, zumal selbst der Gesetzgeber den Widerruf eines Angebots nur dann zulässt, wenn gewisse Handlungen rechtzeitig durch den Anbieter oder Dritte (Eintreffen des Widerrufs vor Eintreffen des Antrags) bzw. den Angebotsempfänger (Kenntnisnahme des Widerrufs vor Kenntnisnahme des Antrags) vorgenommen werden.

#### 5.3.2.2. Annahme

Mit der Annahme<sup>1045</sup> erklärt der Antragsempfänger gegenüber dem Antragsteller, den Vertrag gemäss dessen Angebot abzuschliessen zu wollen<sup>1046</sup>. Grundsätzlich kommt ein Vertrag somit nur zustande, wenn der Antragsempfänger den an ihn gerichteten Antrag gegenüber dem Antragsteller mittels entsprechender Erklärung annimmt. Die Annahme kann ausdrücklich oder konkludent erklärt werden<sup>1047</sup>. In Ausnahmefällen führt jedoch bereits blosses Schweigen auf einen Antrag zum Vertragsschluss, nämlich dann, wenn aufgrund der besonderen Natur des Geschäfts oder der Umstände eine Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird<sup>1048</sup>.

Gemäss den Creative-Commons-Lizenzbestimmungen erklärt sich der Nutzer mittels der Ausübung eines durch die betreffende Creative-Commons-Lizenz gewährten Rechts mit den Lizenzbedingungen rechtsverbindlich einverstanden<sup>1049</sup>. Die Problematik einer solchen Bestimmung des Zeitpunkts des Vertragsschlusses im Vertrag selbst besteht darin, dass die Gültigkeit dieser vertraglichen Regelung den Vertragsschluss und die gültige Einbeziehung der betreffenden Bestimmung voraussetzt<sup>1050</sup>. Es bleibt also unabhängig davon zu prüfen, zu welchem Zeitpunkt das Creative-Commons-Vertragsverhältnis zustande kommt.

Grundsätzlich ist der Abschluss eines Vertrags über ein urheberrechtlich geschütztes Werk bereits vor dessen Erstveröffentlichung möglich, womit sich in diesem Zusammenhang die

---

<sup>1045</sup> Auch Akzept.

<sup>1046</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 435.

<sup>1047</sup> Art. 1 Abs. 2 OR; statt aller SCHWENZER, N 28.32.

<sup>1048</sup> Art. 6 OR.

<sup>1049</sup> Vgl. erster Abschnitt unter dem Titel „Lizenz“ der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1050</sup> Vgl. DEIKE, 13; KOCH, CR 2000, 339 f.

Frage nach der Lizenzierbarkeit des Erstveröffentlichungsrechts stellt, das zu den Urheberpersönlichkeitsrechten zählt<sup>1051</sup>. Da der Antrag zum Abschluss eines Creative-Commons-Vertrags jedoch zeitlich mit der Erstveröffentlichung des Lizenzobjekts zusammenfällt, kann ein Creative-Commons-Vertrag von vornherein nicht vor der Erstveröffentlichung eines Werks zustande kommen. Der frühestmögliche Zeitpunkt für den Vertragsschluss stellt somit der erste Kontakt eines Nutzers mit dem Lizenzobjekt dar, mithin der Werkgenuss. Im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Creative-Commons-Vertragsverhältnisses fragt sich deshalb, ob bereits die bloße Kenntnisnahme eines unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlichten Werkes, also das Lesen, Hören, Anschauen etc., zum Abschluss des Vertrages führt. Nach h.L. gibt das Urheberrecht dem Urheber jedoch keinerlei Rechtsanspruch in Bezug auf die bloße Wahrnehmung des Werks durch Dritte, es ist mithin vom Grundsatz der Freiheit des Werkgenusses auszugehen<sup>1052</sup>. Die bloße Wahrnehmung des unter einer Creative-Commons-Lizenz verbreiteten Werks führt somit noch nicht zum Vertragsschluss.

Nicht selten geht dem an sich freien Werkgenuss jedoch eine über diesen hinausgehende Handlung durch den Nutzer voraus, die den Werkgenuss überhaupt ermöglichen soll, wobei diese Handlungen wie etwa die Vervielfältigung des Werks nach Art. 10 Abs. 2 lit. a URG dem Urheber vorbehalten sind<sup>1053</sup>. Geschehen diese Handlungen zum Eigengebrauch des betreffenden Werkes, werden sie durch die Schrankenbestimmung von Art. 19 URG dem Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers entzogen<sup>1054</sup>. Da der rechtliche Schutz von Drittinteressen, dementsprechend also auch die Geltung der Schrankenbestimmungen, im Urheberrecht mit der Veröffentlichung des Werks beginnt<sup>1055</sup>, ist der Eigengebrauch ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung gesetzlich erlaubt und kann vom Urheber weder verboten noch eingeschränkt werden<sup>1056</sup>. Aus diesem Grund und auch aus der allgemeinen Intention von Creative Commons resultierend, die Rechte der Nutzer gegenüber der gesetzlichen Regelung zu erweitern, kommt es bei der Nutzung des Lizenzobjekts zum Eigengebrauch i.S.v. Art. 19 URG jedenfalls noch nicht zum Vertragsschluss.

---

<sup>1051</sup> Vgl. vorne 91 ff.

<sup>1052</sup> HILTY, Urheberrecht, N 150; EGLOFF, medialex 2006, 36 f.; EGLOFF, sic! 2007, 707; SEMADENI, 63 f.; HÄUPTLI, 34 ff.

<sup>1053</sup> Solange es sich nicht um eine vorübergehende Vervielfältigung i.S.v. Art. 24a URG handelt; zum Vervielfältigungsrecht vgl. vorne 99.

<sup>1054</sup> Zum Begriff des Eigengebrauchs vgl. BARRELET/EGLOFF, N 1 ff. zu Art. 19; HILTY, Urheberrecht, N 218 ff.

<sup>1055</sup> M. BERGER, Irrtümer, 21.

<sup>1056</sup> Vgl. EGLOFF, medialex 2006, 35 ff.

Vielmehr erfolgt die Annahme des vom Lizenzgeber gemachten Angebots durch den Antragsempfänger erst dann, wenn dieser ein Recht aus dem Creative-Commons-Vertrag in einem Umfang ausübt, der die Schranken des Urheberrechts übersteigt<sup>1057</sup>. Durch diese Rechteaübung gibt der Angebotsempfänger seinen Willen zum Vertragsschluss kund.

Es liegt allerdings in der Natur der Creative-Commons-Lizenzen, dass der Nutzer die Annahme i.d.R. nicht gegenüber dem Anbieter erklärt, zumal die Creative-Commons-Lizenzverträge als Standardverträge konzipiert sind, welche die Nutzung von Werken vereinfachen sollen, indem der Rechteinhaber nicht für jede Lizenzierung kontaktiert werden muss. Es stellt sich somit die Frage, ob eine reine Willensbetätigung, die sich nicht an den Antragsempfänger richtet, rechtsgültig als Annahme qualifiziert werden kann. Die Willensbetätigung unterscheidet sich von der Willenserklärung dahingehend, dass letztere erst mit dem Zugang beim Erklärungsempfänger wirksam wird, während erstere ihre Wirkungen auch ohne Zugang entfaltet<sup>1058</sup>. Eine blosser Willensbetätigung ist dann ausreichend, wenn aus den Umständen ersichtlich ist, dass der Antragsteller keine an ihn gerichtete Willenserklärung erwartet<sup>1059</sup>.

Als Beispiel für das Genügen einer Willensbetätigung zur Annahme eines Antrags wird in der Literatur das Aufstellen eines Spielautomaten mit Münzeinwurf genannt, bei dem die Spielinteressenten ihren Annahmewillen durch den Einwurf des gewünschten Betrags betätigen<sup>1060</sup>. Wie bei dem genannten Beispiel geht auch bei der Veröffentlichung von Werken unter einer Creative-Commons-Lizenz aus den Umständen hervor, dass der Antragsteller keine Annahmeerklärung durch den Antragsempfänger erwartet, sondern auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet<sup>1061</sup>. Da es sich bei den Creative-Commons-Lizenzen um unentgeltliche Verträge handelt, die dem Empfänger nur Vorteile bringen, würde zudem bereits eine stillschweigende Annahme gemäss Art. 6 OR zum Vertragsschluss genügen<sup>1062</sup>. Ist die stillschweigende Annahme für das Zustandekommen des Creative-Commons-Vertrags als ausreichend zu erachten, muss eine Willensbetätigung des Antragsempfängers in der Form der Rechteaübung ohne Kenntnis des Antragstellers erst recht genügen.

---

<sup>1057</sup> Vgl. zum deutschen Recht JAEGER/METZGER, MMR 2003, 434.

<sup>1058</sup> KOLLER, § 3 N 27.

<sup>1059</sup> KOLLER, § 3 N 25 f., § 7 N 95 f.

<sup>1060</sup> KOLLER, § 3 N 26.

<sup>1061</sup> Vgl. zur Open-Source-Software im deutschen Recht SPINDLER/WIEBE, 874.

<sup>1062</sup> Vgl. BSK OR I-BUCHER, N 12 zu Art. 6; KUKO OR-WIEGAND, N 5 zu Art. 6.

### 5.3.2.3. Elektronisch übermittelte Erklärungen

Bei der Veröffentlichung eines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz im Internet erfolgen die Willenserklärungen und deren Übermittlung auf elektronischem Weg unter zwingender Mitwirkung eines Menschen. Es handelt sich dabei also nicht um Willenserklärungen, die allein durch Datenverarbeitungsanlagen gebildet und anschliessend an einen Dritten übermittelt werden (sog. elektronische Erklärungen oder Computererklärungen<sup>1063</sup>), sondern um menschliche Willensäusserungen, zu deren Herstellung und Übermittlung der Computer als Werkzeug zum Einsatz kommt. Die Wahl des Internets als Übermittlungsmedium ist für die rechtliche Qualifikation als Willenserklärung unproblematisch<sup>1064</sup>.

### 5.4. Falsche bzw. fehlende Vorstellung über die geäusserte Erklärung

Grundsätzlich besteht auch im Zusammenhang mit dem Abschluss von Creative-Commons-Vertragsverhältnissen, wie generell bei der elektronischen Geschäftsabwicklung, die Besonderheit, dass die Willenserklärungen einen schwachen Bezug zum Erklärenden haben<sup>1065</sup>. So kann es beim Nutzer Creative-Commons-lizenzierter Werke evtl. am Bewusstsein fehlen, dass er mit einem oder einigen Mausklicks eine bindende Annahmeerklärung mittels Realakzept<sup>1066</sup> abgibt. Der Lizenzgeber wiederum ist sich allenfalls bei der Beifügung eines Creative-Commons-Symbols nicht bewusst, dass er dadurch sein Werk zur Verbreitung – und je nach gewähltem Symbol auch zur Bearbeitung – freigibt<sup>1067</sup>.

Es kann durchaus vorkommen, dass ein Nutzer eines Creative-Commons-lizenzierten Werks nichts vom Bestehen der Creative-Commons-Lizenz weiss (z.B. weil der Vornutzer keinen Lizenzhinweis angebracht hat) und sich somit nicht bewusst ist, dass er durch eine bestimmte Nutzungshandlung seinen Willen zum Vertragsschluss in Form eines Realakzepts kundtut<sup>1068</sup>.

Allerdings wird sich ein Nutzer in der Praxis deshalb nicht auf sein fehlendes Erklärungs-bewusstsein berufen, weil er in jedem Fall besser gestellt ist, wenn von der Gültigkeit einer vertraglichen Ermächtigung zur Nutzung ausgegangen wird. Aus diesem Grund ist es kaum denkbar, dass ein Nutzer geltend macht, ihm habe das Bewusstsein für eine zum Vertrags-

---

<sup>1063</sup> WEBER, E-Commerce, 340; HEUN, 595; DEGEN/DEISTER, N 181.

<sup>1064</sup> HEUN, 595; DEGEN/DEISTER, N 181.

<sup>1065</sup> Vgl. generell zu Willenserklärungen bei der elektronischen Geschäftsabwicklung WEBER, E-Commerce, 339 ff.

<sup>1066</sup> Vgl. hinten 168.

<sup>1067</sup> In beiden Fällen liegt eine ungewollte Erklärung vor, vgl. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 305 zu Art. 1 OR.

<sup>1068</sup> Vgl. zu dieser Frage im deutschen Recht METZGER, Open Content, 256.

schluss führende Erklärung gefehlt. Denn ein allfälliger daraus resultierender Wegfall der Creative-Commons-Lizenz hätte zur Folge, dass er erst gar nicht zur Nutzung des Lizenzgegenstandes befugt gewesen wäre. Insofern wird sich das Problem des fehlenden Erklärungsbewusstseins seitens des Annehmenden bei einem Creative-Commons-Vertrag gar nicht stellen.

Problematischer scheint der Fall, bei dem ein Rechteinhaber seinem Werk ein Creative-Commons-Symbol hinzufügt, ohne sich darüber im Klaren zu sein, dass er damit seinen Willen zum Abschluss eines Lizenzvertrages kundgibt, der durch Realakzept der Nutzer zustande kommen kann. Dieser Fall ist insbesondere dann denkbar, wenn der Rechteinhaber das Symbol nicht mittels des Online-Lizenzgenerators von Creative Commons erstellt hat und somit auch nicht darauf hingewiesen wurde, was die Beifügung des betreffenden Symbols bedeutet.

Aufgrund der im Schweizer Recht vorherrschenden Vertrauens Theorie ist ein solches Abweichen des Willens des Erklärenden vom Inhalt des Erklärten im Stadium der Konsensprüfung allerdings dann unbeachtlich, wenn der Vertragspartner nach Treu und Glauben von der durch ihn vorgenommenen Deutung der betreffenden Erklärung ausgehen durfte und musste<sup>1069</sup>. Im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung darf der Nutzer aus folgenden Gründen in guten Treuen von der tatsächlichen Bedeutung der Creative-Commons-Symbole ausgehen: In den meisten Fällen werden die Symbole mit Hilfe des Online-Lizenzgenerators erstellt. Dazu hat der Rechteinhaber einige Fragen bezüglich der freizugebenden Rechte zu beantworten und kann sich auch den Lizenztext (in der Laienversion sowie in der Vollversion) ansehen. Wurde ein Creative-Commons-Hinweis mittels des Lizenzgenerators erstellt, muss sich der Rechteinhaber somit ohne Weiteres die Deutung seiner Erklärung gefallen lassen, welche aus den von ihm beantworteten Fragen hervorgeht – nämlich sein Wille zur kostenlosen Lizenzierung bestimmter Rechte an seinem Werk. Dasselbe hat aber auch zu gelten, wenn der Lizenzgeber die Creative-Commons-Lizenzsymbole direkt, d.h. ohne Hilfe des Lizenzgenerators und somit ohne Beantwortung der Fragen zur Lizenzerteilung anbringt, zumal der Nutzer nicht wissen kann, ob sich der Rechteinhaber des Lizenzgenerators bedient hat oder nicht. Zudem kann vom Rechteinhaber erwartet werden, dass er sich vorgängig über die Bedeutung der Symbole informiert, bevor er sein Werk unter Beifügung eines solchen Zeichens im Internet veröffentlicht oder in anderer Weise verbreitet<sup>1070</sup>.

---

<sup>1069</sup> BSK OR I-BUCHER, N 6 zu Art. 1.

<sup>1070</sup> Für die Frage, ob sich der Lizenzgeber hier allenfalls auf das Vorliegen eines Irrtums berufen kann vgl. hinten 236 ff.

## **5.5.        Fazit**

Beim Antrag zum Abschluss eines Creative-Commons-Vertrags handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Nutzer durch Zugang eines Werkexemplars – sei es nun physisch oder digital, meist durch Aufrufen der Website, auf welcher der Creative-Commons-Lizenzgegenstand gespeichert ist – zugeht. Da der Lizenzgeber nicht weiss, wem das Angebot bereits zugegangen ist bzw. noch zugehen wird, und aufgrund der Geschwindigkeit der elektronischen Übermittlung von Willenserklärungen im digitalen Bereich ist ein Widerruf des Antrags faktisch unmöglich.

Die Annahme hingegen erfolgt, wenn der Lizenznehmer erstmals eine durch den Lizenzgeber eingeräumte Nutzungshandlung vornimmt, die über den blossen Werkgenuss und den Eigengebrauch hinausgeht. Es handelt sich bei der Annahmeerklärung somit um eine nicht empfangsbedürftige Willensbetätigung. Dies steht auch im Einklang mit der Bestimmung in der Einleitung der Creative-Commons-Lizenzen, welche die Rechteaübung durch den Nutzer als Zustimmungserklärung zu den Lizenzbedingungen erklärt, sowie mit dem Hinweis in Ziffer 2 der Creative-Commons-Vertragsbestimmungen, wonach die Creative-Commons-Lizenzen sämtliche Befugnisse unberührt lassen, die sich aufgrund der geltenden gesetzlichen Bestimmungen ergeben, wozu auch der Werkgenuss sowie der Eigengebrauch gemäss Art. 19 URG gehören.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere die Annahmeerklärung durch den Lizenznehmer in der Praxis wohl kaum je bestritten werden dürfte, da eine solche Bestreitung zur Unwirksamkeit des betreffenden Creative-Commons-Vertrags führen könnte, was wiederum zur Folge hätte, dass sich der Begünstigte mangels Bestehen eines Vertrags für eine Urheberrechtsverletzung verantworten müsste. Beruft sich der Lizenznehmer jedoch auf die Gültigkeit des Vertrags und wird diese bejaht, kann ihm aufgrund der vertraglichen Erlaubnis keine Urheberrechtsverletzung vorgeworfen werden.

## **6.            Creative-Commons-Vertragsbedingungen als AGB**

### **6.1.        Allgemeines**

Die Creative-Commons-Verträge sind Formularverträge, enthalten also vorformulierte Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Anwendungsfällen konzipiert sind<sup>1071</sup>. Aufgrund

---

<sup>1071</sup> Vgl. zur Qualifikation der Bestimmungen von Open-Source-Lizenzen als AGB SPINDLER/WIEBE, 879; KOCH, CR 2000, 339; OMSELS, 147; DEIKE, 13; ROSENKRANZ, 65 f. m.w.N.



dieser Eigenschaft unterliegen sie der spezifischen Kontrolle für Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>1072</sup>.

In der Schweiz existiert kein spezielles AGB-Gesetz. Ebenso wenig wurden die im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss im Internet relevanten europäischen Verbraucherschutzrichtlinien<sup>1073</sup> übernommen<sup>1074</sup>. Die einzige Norm, der Allgemeine Geschäftsbedingungen inhaltlich standhalten müssen, ist Art. 8 UWG, der am 01.07.2012 in revidierter Form in Kraft getreten ist<sup>1075</sup>. Gemäss der neuen Fassung von Art. 8 UWG handelt unlauter, wer Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen. Wie schon bei der alten Fassung von Art. 8 UWG ist die Rechtsfolge einer Verletzung auch unter der neuen Regelung unklar<sup>1076</sup>. Die Botschaft nennt als Folge des Verstosses gegen Art. 8 UWG die Nichtigkeit der fraglichen Klausel<sup>1077</sup>. Umstritten ist allerdings, ob eine an sich ungültige Klausel geltungserhaltend reduziert werden kann (sog. modifizierte Teilnichtigkeit)<sup>1078</sup>. Neu kommt Art. 8 UWG zudem nur noch im Verhältnis zwischen Unternehmen und Konsumenten zur Anwendung<sup>1079</sup>.

Neben der lauterkeitsrechtlichen Regelung von Art. 8 UWG, der in seiner neuen Fassung aufgrund der Streichung der Textpassage „in irreführender Weise“ nun auch zur abstrakten Inhaltskontrolle von AGB herangezogen werden kann, müssen AGB der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Konsens- und Auslegungskontrolle standhalten<sup>1080</sup>.

---

<sup>1072</sup> Für das deutsche Recht STROBEL, 780.

<sup>1073</sup> Dazu gehörten zum einen die Klausel-RL und zum anderen die Fernabsatz-RL, die aber durch die am 12.12.2011 in Kraft getretene Verbraucherrechte-RL aufgehoben (Fernabsatz-RL) bzw. modifiziert (Klausel-RL) wurden.

<sup>1074</sup> NESTLÉ, 225.

<sup>1075</sup> Vgl. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Änderung vom 17.06.2011, AS 2011 4909.

<sup>1076</sup> Vgl. VISCHER, 181.

<sup>1077</sup> Botschaft UWG 2009, 6152.

<sup>1078</sup> Botschaft UWG, 2009, 6180; die Möglichkeit der modifizierten Teilnichtigkeit ablehnend BGer. 4A\_404/2008 vom 18.12.2008, E. 5.6.3.2.1 m.w.N.; a.M. BGE 123 III 292, E. 2d f. m.w.N.; VISCHER, 181 FN 53.

<sup>1079</sup> Vgl. THOUVENIN, Jusletter 29.10.2012, N 15 ff.; HESS/RUCKSTUHL, 1194; M. BERGER, SJZ 2012, 403; KLETT/HURNI, 80; SCHMID, ZBJV 2012, 8 f. Der Wortlaut von Art. 8 UWG würde zwar auch eine Geltung zwischen Konsumenten zulassen, die Botschaft nennt als Grund für die Möglichkeit einer AGB-Kontrolle jedoch den Schutz der schwächeren Vertragspartei, woraus hervorgeht, dass ein Machtgefälle vorliegen muss, vgl. Botschaft UWG 2009, 6177.

<sup>1080</sup> SCHMID, ZBJV, 2. Zur Konsenskontrolle im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Lizenzen vgl. sogleich 172 ff. Zur Inhalts- und Auslegungskontrolle siehe hinten 178 ff.

Gestützt auf die Konsenskontrolle ergibt sich, dass AGB nur dann Gültigkeit entfalten, wenn die Parteien ihnen rechtsgültig zugestimmt haben<sup>1081</sup>.

Im Zusammenhang mit der Auslegungskontrolle ist die Unklarheitenregel mit dem Grundsatz *in dubio contra stipulatorem* von Bedeutung, wonach einer unklaren Bestimmung im Zweifel die Bedeutung beigemessen wird, die für den Verfasser ungünstiger ist<sup>1082</sup>. Verwendet eine Partei von einem Dritten erstellte AGB, wird die Partei grundsätzlich in der gleichen Weise behandelt, als hätte sie die AGB selbst verfasst. Diese Regel gilt allerdings dann nicht, wenn beide Parteien zum betreffenden AGB-Text in gleicher Beziehung stehen. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn beide Parteien demselben Verband angehören und die AGB von diesem Verband erstellt wurden<sup>1083</sup>.

## **6.2. Übernahme der Creative-Commons-Vertragsbedingungen**

### **6.2.1. Allgemeines**

Für den gültigen Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen wird vorausgesetzt, dass der Nutzer ausdrücklich auf deren Existenz hingewiesen wird und zumindest die Möglichkeit hat, vor Vertragsschluss in zumutbarer Weise von den betreffenden Bestimmungen Kenntnis zu nehmen<sup>1084</sup>. Irrelevant ist, ob der Nutzer tatsächlich Kenntnis von den AGB nimmt<sup>1085</sup>. Hat eine Partei den Inhalt der AGB entweder (trotz Möglichkeit) nicht zur Kenntnis genommen, sich den Inhalt nicht überlegt oder die AGB in ihrer Tragweite nicht verstanden, liegt eine sog. Globalübernahme vor, womit die Partei den Inhalt unabhängig von einer tatsächlichen Kenntnisnahme bzw. des tatsächlichen Erkennens der Tragweite gegen sich gelten lassen muss<sup>1086</sup>. Die betreffende Partei kann sich in einem solchen Fall allerdings darauf berufen, eine Regel der AGB sei im konkreten Fall ungewöhnlich<sup>1087</sup>.

---

<sup>1081</sup> BGE 118 II 295, E. 2b; BSK OR I-BUCHER, N 52 zu Art. 1.

<sup>1082</sup> BSK OR I-BUCHER, N 59 zu Art. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1231; ZK-JÄGGI/GAUCH, N 451 zu Art. 18 OR.

<sup>1083</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1234; ZK-JÄGGI/GAUCH, N 455 zu Art. 18 OR; GAUCH, N 202. Für die Frage, inwieweit dies für die Creative-Commons-Lizenzierung relevant sein könnte vgl. sogleich 180.

<sup>1084</sup> BGE 77 II 154, E. 4; NESTLÉ, 226; WEBER, E-Commerce, 350; HUNGER, 147 ff.; SCHWAB, 22 f. (jeweils m.w.N.); vgl. auch BGE 64 II 355, E. 2.

<sup>1085</sup> WEBER, E-Commerce, 350 m.w.N.; Urteil des KGer Graubünden vom 18.05.2009, E. 2.2.b.

<sup>1086</sup> Vgl. BGE 64 II 355, 357, E. 2; BGE 108 II 416, E. 1b; BGE 119 II 443, E. 1a; statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1130.

<sup>1087</sup> BGE 109 II 452, E. 3 ff.; BGE 109 II 213, E. 2a; BSK OR I-BUCHER, N 60 zu Art. 1.

Bezüglich der zumutbaren Kenntnisnahme wird ein als Hyperlink ausgestalteter Hinweis auf die Geltung der AGB, der durch Anklicken zu den Allgemeinen Bedingungen führt, als zulässig erachtet<sup>1088</sup>. Der Hinweis auf die Allgemeinen Bedingungen, die dem betreffenden Lizenzvertrag zugrunde liegen, muss allerdings an einer gut ersichtlichen Stelle und in auffälliger Weise erfolgen<sup>1089</sup>. Zudem wird vorausgesetzt, dass der potentielle Lizenznehmer nicht infolge übermässiger Ladezeiten der betreffenden Website zu lange auf das Erscheinen der Allgemeinen Bedingungen auf seinem Bildschirm warten muss<sup>1090</sup>. Zuweilen wird auch verlangt, dass der Nutzer die Möglichkeit hat, die Allgemeinen Bedingungen problemlos herunterzuladen und diese dadurch auf den eigenen Computer zu kopieren<sup>1091</sup>. Zur Gültigkeit elektronischer Allgemeiner Geschäftsbedingungen wird zudem als Voraussetzung genannt, dass der Zugriff auf einzelne Klauseln und ein Vergleich der einzelnen Bestimmungen mühelos möglich ist<sup>1092</sup>, was nach Meinung einiger Autoren nur gewährleistet werden kann, wenn der Text der Allgemeinen Bedingungen kurz ist<sup>1093</sup>. Wie bei dokumentarischen AGB ist die Voraussetzung zudem, dass die AGB gut lesbar sind (insbesondere darf keine zu kleine Schriftgrösse gewählt werden)<sup>1094</sup>. Schliesslich nennt die Lehre als weitere Voraussetzung, dass die AGB schnell und problemlos ausgedruckt werden können<sup>1095</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung sollten allerdings nicht allzu strenge Anforderungen an die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme bei Online-Verträgen gestellt werden, zumal sich der Nutzer im Internet beliebig lange mit den AGB beschäftigen kann, was die Möglichkeit zur Kenntnisnahme im Vergleich zu den meisten Vertragsschlüssen ausserhalb des Internets bereits vergrössert<sup>1096</sup>.

### **6.2.2. Hinweis auf die Creative-Commons-Lizenzbedingungen und Möglichkeit der Kenntnisnahme**

Bei der Online-Verbreitung Creative-Commons-lizenzierter Werke besteht der Hinweis auf die Creative-Commons-Lizenzbedingungen i.d.R. in den als Hyperlink ausgestalteten Creative-Commons-Symbolen auf der Website des Anbieters oder Dritter. Um die Kenntnisnahme

<sup>1088</sup> WEBER, E-Commerce, 350 FN 1781; FREI, N 407; NESTLÉ, 228; SCHWAB, 85 f; zum deutschen Recht vgl. BGH, 14.06.2006, I ZR 75/03, MMR 2006, 738; KÖHLER/ARNDT/FETZER, N 248 m.w.N.

<sup>1089</sup> NESTLÉ, 228; vgl. auch SCHWAB, 77 f.

<sup>1090</sup> NESTLÉ, 229; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1140 b.

<sup>1091</sup> NESTLÉ, 229 m.w.N.

<sup>1092</sup> WEBER, E-Commerce, 351.

<sup>1093</sup> NESTLÉ, 229 m.w.N.; FREI, N 405; SCHWAB, 91 ff.

<sup>1094</sup> WEBER, E-Commerce, 351; FREI, N 405.

<sup>1095</sup> WEBER, E-Commerce, 351; NESTLÉ, 230; zur Flüchtigkeit von AGB und deren Einfluss auf die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme vgl. auch SCHWAB, 93 f.

<sup>1096</sup> So KÖHLER/ARNDT/FETZER, N 248.

der Lizenzbedingungen auch durch die Lizenznehmer zu ermöglichen, welche den Lizenzgegenstand von einem anderen Lizenznehmer erhalten, verpflichten die Creative-Commons-Lizenzbestimmungen den als Boten fungierenden Lizenznehmer überdies, bei jeder Ausübung eines Rechts aus dem Lizenzvertrag eine Kopie der Lizenz mitzuliefern oder die elektronisch für jedermann zugängliche Fundstelle der Lizenz bekannt zu geben<sup>1097</sup>.

Bei der körperlichen Verbreitung des Lizenzgegenstandes etwa in Form eines Buches sind die Creative-Commons-Symbole gewöhnlich auf dem Werkexemplar selbst abgebildet. Da die Beifügung der Creative-Commons-Symbole zugleich das Angebot zum Vertragsschluss seitens des Lizenzgebers darstellen, wird es am Hinweis auf die anwendbaren Bedingungen selten fehlen.

Aufgrund der Verlinkung der Creative-Commons-Symbole mit dem Creative-Commons-Vertragstext hat der Lizenznehmer zumindest die Möglichkeit, die Lizenzbedingungen zur Kenntnis zu nehmen. Zwar führt ihn der erste Klick auf den Hyperlink zunächst zur *Commons Deed*, einer Kurzzusammenfassung der Rechte und Pflichten, der noch keine rechtlich verbindliche Bedeutung zukommt<sup>1098</sup>, jedoch hat er von dort die Möglichkeit, mittels eines weiteren Klicks auf die rechtlich bindende Version der Lizenzbedingungen zu gelangen. Aufgrund der einfachen Auffindbarkeit des rechtlich verbindlichen Textes der Allgemeinen Lizenzbedingungen genügt das Setzen eines Hyperlinks der Voraussetzung der zumutbaren Kenntnisnahme<sup>1099</sup>. Allerdings kommt es dann nicht zum Einbezug der Allgemeinen Lizenzbedingungen, wenn die elektronische Fundstelle in Form der Angabe eines Links auf einem verkörpertem Werkexemplar angebracht ist und dem Nutzer die Infrastruktur zum elektronischen Abruf der Lizenzbedingungen fehlt oder die Lizenzbedingungen aufgrund technischer Probleme im Zeitpunkt des Vertragsschlusses elektronisch nicht abrufbar sind<sup>1100</sup>.

Schliesslich sprechen auch die Länge von ca. vier Seiten, die benutzte Schriftgrösse sowie die klare Sprache für die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme. Zudem können die Lizenzbedingungen mühelos ausgedruckt bzw. zu jedem beliebigen Zeitpunkt über den angegebenen Hyperlink erneut abgerufen werden. Des Weiteren besteht bei Texten in elektronischer Form die Möglichkeit, mit der Suchfunktion nach bestimmten Begriffen zu suchen, wenn das Format des Textes ein solches Durchsuchen erlaubt, was bei den Creative-Commons-Lizenztexten

---

<sup>1097</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1098</sup> Zur Rolle der *Commons Deed* vgl. sogleich 176 ff.

<sup>1099</sup> So auch ROSENKRANZ, 67; MANTZ, Open Access-Lizenzen, 57 f.; SPINDLER, Rechtsfragen, Teil C N 47.

<sup>1100</sup> Vgl. zum deutschen Recht STROBEL, 780.

der Fall ist. Dadurch wird dem potentiellen Lizenznehmer das Auffinden bestimmter Passagen im Vergleich zu einem gedruckten, physisch vorhandenen AGB-Text sogar noch erleichtert.

### **6.2.3. Einbezug fremdsprachiger Lizenzbedingungen**

Anstelle der Schweizer Creative-Commons-Lizenz wählen Lizenzgeber oft eine der Lizenzen in unportierter Form, bei denen der Lizenztext in englischer Sprache abgefasst ist. Nach Einführung der Version 4.0 wird zudem nur noch die englische Fassung der Lizenzen rechtsverbindlich sein. Deshalb fragt sich, ob die Kenntnisnahme englischsprachiger AGB für den Lizenznehmer überhaupt zumutbar ist. Einige Autoren wollen die Übernahme fremdsprachiger AGB dann zulassen, wenn sie in derselben Sprache abgefasst sind, der sich die Parteien bei Abschluss des Vertrags bedienen<sup>1101</sup>. Beim Creative-Commons-Vertrag kommt es aber regelmässig nicht zu Vertragsverhandlungen. Dennoch ist insbesondere bei der Werkverbreitung über das Internet davon auszugehen, dass zumindest englischsprachige AGB wirksam in ein Vertragsverhältnis einbezogen werden können<sup>1102</sup>.

Auch wenn aber mangels Zumutbarkeit der Kenntnisnahme vom Nichteinbezug englischsprachiger Creative-Commons-Lizenzbedingungen auszugehen wäre, ist im Hinblick auf den Sinn und Zweck der von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Voraussetzung der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme nach der hier vertretenen Meinung doch anders zu entscheiden. Mit der Voraussetzung, dass AGB nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn die Parteien zumindest die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hatten, soll die globalübernehmende Person vor Bedingungen geschützt werden, die für sie nachteilig sind. Bei der Creative-Commons-Lizenzierung ist der Lizenznehmer aber letztlich besser gestellt, wenn von der Gültigkeit des Einbezugs der Lizenzbedingungen ausgegangen wird, da ihm durch die Creative-Commons-Lizenz mehr Rechte zukommen, als ihm das Gesetz einräumt. Ein Verstoss gegen die Lizenzbedingungen hat zudem lediglich den Wegfall der Nutzungserlaubnis zur Folge. Insofern werden die Interessen des Lizenznehmers besser geschützt, wenn vom gültigen Einbezug auch fremdsprachiger Lizenzbedingungen ausgegangen wird<sup>1103</sup>.

---

<sup>1101</sup> BUSER-GORA, 88 f. Für das deutsche Recht HOLZBACH/SÜBENBERGER, N 296; siehe auch KÖHLER/ARNDT/FETZER, N 252; von der Unzumutbarkeit des Einbezugs fremdsprachiger AGB ausgehend (zumindest wenn es sich dabei um einen längeren juristischen Text handelt) SPINDLER, Rechtsfragen, Teil C N 55; WENDEL, 116.

<sup>1102</sup> Vgl. für das deutsche Recht SESTER, 805; SUJECKI, 42.

<sup>1103</sup> Im Ergebnis auch ROSENKRANZ, 70; vgl. zu den Open-Source-Lizenzen GERLACH, 653.

Bei der Version 3.0 der Creative-Commons-Lizenzen existiert neben dem verbindlichen Lizenztext in der jeweiligen Landessprache auch eine Kurzzusammenfassung der Lizenzbedingungen (*Commons Deed*), die in verschiedenen Sprachen (so auch Deutsch, Französisch und Italienisch) abrufbar ist. Ab der Version 4.0 wird die Anpassung an die verschiedenen Jurisdiktionen voraussichtlich fallengelassen. Geplant ist lediglich eine Übersetzung in verschiedene Sprachen.

Nachfolgend ist zu prüfen, welche Rolle der *Commons Deed* und – ab Version 4.0 – den Übersetzungen des Lizenztextes zukommt.

#### **6.2.4. Rolle der *Commons Deed***

##### **6.2.4.1. Allgemeines**

Die sog. *Commons Deed* oder auch *Human Readable License* ist eine illustrierte Kurzzusammenfassung des Lizenztextes in allgemein verständlicher Sprache, aus der für die Nutzer ersichtlich ist, welche Verwertungshandlungen vom Rechteinhaber freigegeben wurden. Die *Commons Deed* ist ein zentrales Element der Creative-Commons-Lizenzen, durch das die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken vereinfacht werden soll. Sie ist insbesondere dann relevant, wenn der Lizenzgeber auf die elektronische Fundstelle der Allgemeinen Lizenzbedingungen hinweist. Folgt ein Nutzer dem betreffenden Link, gelangt er zunächst auf die Seite, welche die *Commons Deed* anzeigt. Erst durch einen zweiten Klick kommt er zur rechtlich verbindlichen Vollversion des Lizenztextes.

##### **6.2.4.2. *Commons Deed* als Teil des Creative-Commons-Vertrags?**

Kritiker sehen die Problematik der *Commons Deed* darin, dass die Nutzer bereits den *Commons-Deed*-Text als eigentlichen Lizenztext ansehen könnten, da sie direkt zur *Commons Deed* gelangen, wenn sie dem Hyperlink zur Creative-Commons-Lizenz folgen<sup>1104</sup>.

Um zu verhindern, dass Nutzer davon ausgehen, es handle sich bei der *Commons Deed* bereits um den rechtlich verbindlichen Vertragstext, befindet sich zu Beginn der Kurzzusammenfassung eine Klarstellung dahingehend, dass es sich bei der *Commons Deed* lediglich um eine in einfacher Sprache gehaltene, vereinfachte Zusammenfassung des rechtsverbindlichen Vertragstextes handle. Dem folgt ein Link mit der Bezeichnung „Haftungsbeschränkung“, der nochmals eine diesbezügliche Klarstellung enthält. Die *Commons Deed* wird an dieser Stelle

---

<sup>1104</sup> HIETANEN, 100.

definiert als „Referenztext, der den zugrundeliegenden Lizenzvertrag übersichtlich und in allgemeinverständlicher Sprache [...] wiedergibt“. Zudem erscheint ein Hinweis darauf, dass die *Commons Deed* selbst keine juristische Wirkung entfaltet und im eigentlichen Lizenzvertrag nicht erscheint<sup>1105</sup>.

Die Möglichkeit der Kenntnisnahme der rechtsverbindlichen Version des Vertragstextes wird durch die Zwischenschaltung der *Commons Deed* nicht in erheblichem Mass erschwert, da der Nutzer mittels lediglich zwei Mausklicks die Vertragsbedingungen abrufen kann. Durch den doppelten Hinweis an oberster Stelle der *Commons-Deed*-Website, dass es sich bei der *Commons Deed* nicht um den eigentlichen Lizenztext, sondern nur um eine Zusammenfassung desselben handelt, erscheint die Gefahr gering, dass Nutzer irrtümlicherweise annehmen könnten, es handle sich bei der *Commons Deed* bereits um die Allgemeinen Vertragsbedingungen. Zudem sollte an die Einbeziehung der rechtsverbindlichen Vertragsbedingungen im Fall der Creative-Commons-Lizenzen wie vorgehend erwähnt keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, zumal die Lizenzbedingungen darauf ausgerichtet sind, dem Nutzer mehr Rechte einzuräumen, als diesem durch das Urheberrecht zukommen, sowie darauf, die Einräumung von Nutzungsrechten am Lizenzgegenstand für beide Parteien möglichst problemlos zu gestalten. Schliesslich schützt die *Commons Deed* in gewisser Hinsicht auch die Interessen des Lizenzgebers, zumal eher damit zu rechnen ist, dass ein Nutzer ohne juristische Kenntnisse die *Commons Deed* liest, die Vollversion der Lizenz jedoch auch dann nicht lesen würde, wenn es die *Commons Deed* nicht gäbe, womit die *Commons Deed* letztlich immerhin dazu führt, dass der Lizenznehmer die Vertragsbedingungen zwar lediglich global übernimmt, da er den rechtlich verbindlichen Lizenztext nicht zur Kenntnis nimmt, jedoch immerhin durch die Kurzzusammenfassung über gewisse Punkte der global übernommenen Vertragsbedingungen informiert wird. Anders gesagt: Lässt der Gesetzgeber auch die Globalübernahme zu, sollte die Übernahme der Lizenzbedingungen bei lediglicher Kenntnisnahme der *Commons Deed* erst recht möglich sein, da die *Commons Deed* einen Mehrwert im Gegensatz zur Globalübernahme der Allgemeinen Vertragsbedingungen schafft.

#### **6.2.5. Rolle der Übersetzungen bei den Lizenzen ab Version 4.0**

Im Unterschied zur kurz gehaltenen *Commons Deed* besteht bei den Übersetzungen der Lizenzen viel eher die Gefahr, dass diese vom rechtlich bindenden Lizenztext abweichen bzw. dass dem Wortlaut der Übersetzung eine von der rechtlich verbindlichen Lizenz verschiedene

---

<sup>1105</sup> Vgl. z.B. die *Commons Deed* der Lizenz *Namensnennung* Version 3.0 Schweiz, <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/ch/>.

Bedeutung beigemessen werden kann oder muss. Um zu verhindern, dass ein Nutzer von der Gültigkeit einer Bestimmung ausgeht, deren Inhalt nicht mit dem rechtlich bindenden Lizenztext übereinstimmt, ist ein gut sichtbarer Hinweis nötig, dass es sich beim betreffenden Dokument lediglich um eine rechtlich unverbindliche Übersetzung des Lizenztextes handelt.

### **6.3. Beurteilung einzelner Bestimmungen vor dem Hintergrund der Inhalts- und Auslegungskontrolle**

Die vorstehenden Aussagen legen im Allgemeinen dar, dass die Creative-Commons-Lizenzbedingungen durch Übernahme der Parteien Vertragsbestandteil werden. Nun gilt es bezüglich einzelner Bestimmungen zu prüfen, ob diese einer spezifischen AGB-Kontrolle standhalten. Dabei sind die Bestimmungen aufgrund des neuen Art. 8 UWG wie erwähnt nur dann einer abstrakten Inhaltskontrolle zugänglich, wenn sie Bestandteil eines Vertrages zwischen einem Unternehmen als Lizenzgeber und einem Konsumenten als Lizenznehmer sind. Im Zusammenhang mit Verträgen zwischen Unternehmen oder aber, was bei der Creative-Commons-Lizenzierung den häufigsten Fall darstellen dürfte, zwischen Konsumenten, ist auf die herkömmlichen AGB-Kontrollmittel zurückzugreifen<sup>1106</sup>. Dabei stellt sich insbesondere im Rahmen der Auslegungskontrolle die Frage nach eventuell vorliegenden unklaren Bestimmungen sowie danach, wer die negativen Folgen solcher allfälligen Unklarheiten zu tragen hat. Weiter ist im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel zu prüfen, ob eine Vertragsbestimmung als überraschend zu gelten hat, was deren Ungültigkeit zur Folge hätte.

#### **6.3.1. Keine kommerzielle Nutzung**

Sämtliche Lizenzen mit dem Lizenzelement *Nicht kommerziell* verbieten dem Lizenznehmer die Nutzung des Lizenzgegenstandes für Zwecke, die vorrangig für einen geschäftlichen Vorteil vorgesehen oder auf einen solchen gerichtet sind<sup>1107</sup>. Ausdrücklich als nichtkommerzielle Nutzung wird das Filesharing genannt, solange in Verbindung mit dem Austausch des Lizenzgegenstandes keine Zahlung oder geldwerte Vergütung geleistet wird<sup>1108</sup>. Im Einzelfall ist es durchaus möglich, dass bezogen auf bestimmte Nutzungshandlungen des Lizenznehmers nicht klar ist, ob diese als kommerziell im Sinne der Lizenz zu gelten haben, zumal auch durch Auslegung der Lizenzbedingungen, abgesehen von der Klarstellung bezüglich Filesharing, kein klares Resultat in Bezug darauf ermittelt werden kann, was noch als kommerzielle Nutzung zu gelten hat bzw. was als nichtkommerziell und somit als zulässig zu beurteilen ist.

---

<sup>1106</sup> Vgl. betreffend Verträge zwischen Wirtschaftsunternehmen SCHMID, ZBJV 2012, 20.

<sup>1107</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. b i.V.m. Ziffer 1 lit. k der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1108</sup> Vgl. Ziffer 1 lit. k der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.



Insbesondere im Zusammenhang mit der Werknutzung auf werbefinanzierten Websites kommt es immer wieder zu Unklarheiten bezüglich der Qualifikation dieser Nutzungshandlungen als kommerziell oder nichtkommerziell. Grundsätzlich sind auch zur Auslegung von AGB-Klauseln jene Grundsätze heranzuziehen, die bei der Auslegung von individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen gelten<sup>1109</sup>. Dabei wird die vor allem in Deutschland verbreitete Auffassung der einheitlichen Auslegung Allgemeiner Vertragsbedingungen ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles für die Schweiz abgelehnt. Zu berücksichtigen sind bei der Auslegung die jeweiligen konkreten Umstände<sup>1110</sup>.

Als allgemeine Auslegungshilfe im Zusammenhang mit der Abgrenzung der kommerziellen von der nichtkommerziellen Nutzung kommt einer von der Creative-Commons-Organisation veröffentlichten Studie Bedeutung zu, mittels der durch Befragung einer Vielzahl von Rechteinhabern und Nutzern erörtert wurde, welche Nutzungen im Allgemeinen als kommerziell und welche als nichtkommerziell verstanden werden<sup>1111</sup>. Auch wenn die Ergebnisse dieser Studie mangels Einbezugs in das Vertragsverhältnis zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer nicht Vertragsbestandteil werden, kann ihnen im Rahmen der Auslegung bestimmte Bedeutung beigemessen werden, zumal die Studie von der Organisation stammt, welche die Lizenzen entwickelt hat und sie überdies das allgemeine Verständnis sowohl der Rechteinhaber als auch der Nutzer zum Ausdruck bringt<sup>1112</sup>.

Lässt sich auch durch Auslegung unter Zuhilfenahme der erwähnten Studie im Einzelfall nicht ermitteln, ob eine Nutzung als kommerziell oder als nichtkommerziell zu gelten hat, so liegt eine Unklarheit vor. Gemäss der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Unklarheitenregel wäre die betreffende AGB-Klausel nach der Regel *in dubio contra stipulatorem* in der für den Verwender ungünstigen Weise auszulegen<sup>1113</sup>. Dies würde im vorliegenden Fall dazu führen, dass eine Nutzung im Zweifelsfall zuungunsten des Lizenzgebers als nichtkommerziell zu beurteilen wäre. Allerdings gilt diese Regel insbesondere dann nicht, wenn beide Parteien zum betreffenden AGB-Text in gleicher Beziehung stehen, was beispielsweise für den Fall gilt, dass beide Parteien demselben Verband angehören<sup>1114</sup>. Zwar handelt es sich bei

<sup>1109</sup> BGE 135 III 1, E. 2; BGer. 4A\_84/2009 vom 16.06.2009, E. 2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1158 und 1241.

<sup>1110</sup> ZK-JÄGGI/GAUCH, N 466 zu Art. 18 OR; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 218 zu Art. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1241.

<sup>1111</sup> Vgl. hinten 246.

<sup>1112</sup> So auch ROSENKRANZ, 88 f.

<sup>1113</sup> Vgl. vorne 172.

<sup>1114</sup> Vgl. vorne 172.

Creative Commons nicht um einen Verband, dem Lizenznehmer und -geber angehören, doch sind die Lizenzbedingungen trotz allem im Interesse beider Parteien möglichst neutral gehalten und verfolgen das Ziel, die Rechteeinräumung für sämtliche Beteiligte so einfach (und unbelastend) wie möglich zu machen. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte deshalb keine pauschale Auslegung zulasten des Lizenzgebers erfolgen. Vielmehr ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände im Einzelfall zu beurteilen, ob die Nutzung als kommerziell oder nichtkommerziell zu gelten hat.

### **6.3.2. Haftungs- und Gewährleistungsausschluss**

Die Creative-Commons-Lizenzen schliessen das Entstehenmüssen des Lizenzgebers für Sach- bzw. Rechtsmängel vollumfänglich aus, sofern sich dieser nicht schriftlich zur Gewährleistung verpflichtet hat<sup>1115</sup>. Das Vorliegen eines Sachmangels ist dabei im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung nur schwer vorstellbar<sup>1116</sup>. Relevanter ist die Gewährleistungspflicht des Lizenzgebers bezüglich Rechtsmängel am Lizenzobjekt. Grundsätzlich hat der Lizenzgeber des herkömmlichen Lizenzvertrags die Pflicht, gegenüber dem Lizenznehmer für Mängel einzustehen<sup>1117</sup>. Liegt jedoch mangels Gegenleistung eine Gratis- oder Freilizenz vor, wird der Ausschluss der Mängelhaftung sogar vermutet<sup>1118</sup>. Daraus folgt, dass ein Gewährleistungsausschluss ohne Weiteres zulässig ist, zumindest soweit der Lizenzgeber den Mangel nicht absichtlich verschwiegen hat<sup>1119</sup>.

Aufgrund der Unentgeltlichkeit wäre deshalb selbst dann von einer Befreiung des Lizenzgebers von der Gewährleistungspflicht auszugehen, wenn die Creative-Commons-Lizenzbedingungen keine entsprechende Klausel enthalten würden, zumal im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung kein sachlicher Grund für eine Gewährleistungspflicht ersichtlich ist. Neben der gesetzlichen Zulässigkeit der Wegbedingung der Gewährleistung ist aufgrund der Unentgeltlichkeit und der daraus folgenden Vermutung des Nichteinstehensmüssens für Mängel am Lizenzgegenstand durch den Lizenzgeber auch davon auszugehen, dass es sich bei der Gewährleistungswegbedingung um keine überraschende Regelung i.S.d. Ungewöhnlichkeitsregel handelt. Die Gewährleistungsregelung hält somit auch der allgemeinen AGB-Kontrolle stand. Dasselbe gilt ebenso dann, wenn sich ein Unternehmen und

---

<sup>1115</sup> Vgl. Ziffer 5 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1116</sup> ROSENKRANZ, 95; vgl. auch HILTY, Lizenzvertragsrecht, 692.

<sup>1117</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 647; VON BÜREN, Lizenzvertrag, SIWR I/1, 341 f.; HUGUENIN, N 3817.

<sup>1118</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 649.

<sup>1119</sup> Die Berufung auf einen Gewährleistungsausschluss für Mängel, die dem Lizenzgeber bereits bei Vertragsschluss bekannt waren, verstösst als rechtsmissbräuchliches Verhalten gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB, HILTY, Lizenzvertragsrecht, 555.

ein Konsument als Creative-Commons-Vertragsparteien gegenüberstehen, womit Art. 8 UWG anwendbar ist, da die Wegbedingung der Gewährleistung nicht zu einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten in Verletzung von Treu und Glauben führt. Vielmehr erscheint das Nichteinstehenmüssen des Lizenzgebers für Mängel als Gegenstück zur Unentgeltlichkeit der Rechteeinräumung<sup>1120</sup>. Soweit der Lizenzgeber den Mangel also nicht absichtlich verschweigt, muss er weder für Sach- noch für Rechtsmängel am Lizenzobjekt eintreten.

Die Creative-Commons-Lizenzbedingungen schliessen neben der Gewährleistung auch die Haftung des Lizenzgebers aus, sofern dieser nicht vorsätzlich oder grobfahrlässig handelt<sup>1121</sup>. Überdies wird die Haftung für Hilfspersonen ausdrücklich in jedem Fall wegbedungen. Ein solcher Haftungsausschluss ist nach Art. 100 OR ohne Weiteres zulässig, da er die Haftung für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit nicht wegbedingt. Die Haftung für Hilfspersonen kann nach Art. 101 Abs. 2 OR schliesslich sogar vollumfänglich, also auch für vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten des Geschäftsherrn (i.S.d. hypothetischen Vorwerfbarkeit) ausgeschlossen werden<sup>1122</sup>. Da in den Lizenzbedingungen ausdrücklich und klar auf die Wegbedingung der Hilfspersonenhaftung hingewiesen wird, ist auch die Voraussetzung erfüllt, dass der Haftungsausschluss für Hilfspersonen in AGB unmissverständlich sein muss<sup>1123</sup>.

Vor dem Hintergrund der Unentgeltlichkeit der Creative-Commons-Lizenzen sowie der gesetzlichen Regelungen ist davon auszugehen, dass die Wegbedingung der Haftung in den Creative-Commons-Lizenzbedingungen nicht ungewöhnlich ist, womit die Bestimmung der allgemeinen AGB-Kontrolle standhält. Ebenso wird durch den Haftungsausschluss kein zum Nachteil des Konsumenten erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten i.S.v. Art. 8 UWG hergestellt. Folglich genügt die Bestimmung im Falle des Vertragsschlusses zwischen Unternehmen und Konsumenten auch der

---

<sup>1120</sup> Das Vorliegen eines erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses ist bei unentgeltlichen Verträgen wie den Creative-Commons-Verträgen i.d.R. wohl zu verneinen, vgl. auch KELLER, 194; für mögliche Kriterien zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit vgl. HESS/RUCKSTUHL, 1196 ff. m.w.N.; vgl. zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen von Art. 8 UWG auch THOUVENIN, Jusletter 29.10.2012, N 22 ff.

<sup>1121</sup> Vgl. Ziffer 6 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1122</sup> Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3054.

<sup>1123</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3056.

Vorschrift von Art. 8 UWG. Die Haftungs- und Gewährleistungsklausel der Creative-Commons-Lizenzen ist rechtlich somit nicht zu beanstanden<sup>1124</sup>.

### **6.3.3. Beendigungsregelung**

Gemäss den Creative-Commons-Lizenzbedingungen kommt es bei Verstoss gegen dieselben zum sofortigen Heimfall der durch die Lizenz eingeräumten Rechte<sup>1125</sup>. Aus gesetzlicher Sicht stehen einer solchen Regelung keine zwingenden Bestimmungen entgegen, zumal die sich im Allgemeinen Teil des OR befindenden Normen über die Rechtsfolgen, die ein Fehlverhalten der Parteien nach sich ziehen, durchwegs dispositiver Natur sind<sup>1126</sup>. Aus AGB-rechtlicher Sicht stellt sich allerdings die Frage, ob diese Regelungen als ungewöhnlich zu gelten haben<sup>1127</sup>. Bezüglich der Beendigungsklausel ist dies mit Hinblick auf die kostenlose Rechteeinräumung zu verneinen. Aber auch die Bestimmung über die Unmöglichkeit eines erneuten Vertragsschlusses, mit der verhindert werden soll, dass der fehlbare Nutzer durch eine Weiternutzung des Lizenzgegenstandes ohne Weiteres erneut Lizenznehmer werden kann, erscheint angemessen, zumal die Regelung betreffend den Wegfall der Nutzungserlaubnis eine leere Formel bleiben würde, wenn der fehlbare Lizenznehmer durch erneute Nutzung des Lizenzgegenstandes wieder zum berechtigten Lizenznehmer werden könnte. Ein erneuter Vertragsschluss ist somit nur möglich, wenn der Lizenzgeber dem Lizenznehmer die Nutzungsrechte ausdrücklich erneut einräumt<sup>1128</sup>. Auch im Rahmen einer Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG bleiben die Beendigungsregelung und das Verbot der Weiternutzung wirksam, weil sie aus den dargelegten Gründen kein zum Nachteil des Konsumenten erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien zur Folge haben.

## **7. Folgen bei Verstoss des Lizenznehmers gegen den Lizenzvertrag**

Aufgrund des zulässigen Haftungs- und Gewährleistungsausschlusses hat der Lizenznehmer gegenüber dem Creative-Commons-Lizenzgeber keinerlei Ansprüche, soweit dieser weder

---

<sup>1124</sup> Für das deutsche Recht vgl. ROSENKRANZ, 92 ff.; für das österreichische Recht vgl. PHILAPITSCH, Creative Commons, 90 f.

<sup>1125</sup> Vgl. Ziffer 7 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1126</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 551.

<sup>1127</sup> Vgl. zur Open-Source-Software GPL v2 im deutschen Recht PICOT, 236 und 238 mit Hinweis auf die deutsche Rechtsprechung, welche die Gültigkeit der entsprechenden Bestimmung der GPL v2 (§ 4 Satz 2) bestätigt hat, siehe LG München I, 19.05.2004, Az. 21 O 6123/04, CR 2004, 776; LG Frankfurt a.M., 06.09.2006, Az. 2-6 O 224/06, CR 2006, 731.

<sup>1128</sup> Vgl. die Definition des Lizenznehmers („Sie“) in der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz unter der Überschrift „Lizenz“.

vorsätzlich noch grobfahrlässig gehandelt hat. Es stellt sich indessen weiter die Frage nach den Ansprüchen des Lizenzgebers gegenüber einem Creative-Commons-Lizenznehmer, dessen Verhalten gegen die Bedingungen der vereinbarten Creative-Commons-Lizenz verstösst. Auch diesbezüglich geht eine Parteivereinbarung den gesetzlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des OR vor<sup>1129</sup>.

## **7.1. Wegfall der Rechteeinräumung**

Aufgrund des Wortlauts der Lizenzvereinbarung verliert der Nutzer bei einem Verstoss gegen eine Creative-Commons-Lizenzbedingung die ihm durch die betreffende Lizenz eingeräumten Rechte sofort und automatisch<sup>1130</sup>. Es bedarf somit keiner Kündigung durch den Lizenzgeber<sup>1131</sup>. Die h.L. geht vom Vorliegen einer auflösenden Bedingung aus<sup>1132</sup>.

Die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts bzw. einzelner Forderungen kann grds. von Bedingungen abhängig gemacht werden<sup>1133</sup>. Ein Rechtsgeschäft gilt als bedingt, wenn dessen Wirkung von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängt<sup>1134</sup>. Dabei handelt es sich um eine auflösende Bedingung i.S.v. Art. 154 Abs. 1 OR, wenn ihr Eintritt die Beendigung des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge hat<sup>1135</sup>. Voraussetzung für das Bestehen einer Bedingung ist eine entsprechende ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien<sup>1136</sup>. Die Creative-Commons-Vertragsparteien vereinbaren durch den Einbezug der Creative-Commons-Lizenzbedingungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen ausdrücklich, dass der Lizenznehmer nur so lange zur Nutzung des Lizenzgegenstandes berechtigt bleibt, wie er sich bei der Rechteaübung an die Vorschriften der Lizenz hält. Da der Eintritt des zukünftigen ungewissen Ereignisses – nämlich der Verstoss des Lizenzgebers gegen die Lizenzbedingungen – vom Willen des Lizenznehmers abhängt, handelt es sich um eine sog. potestative Be-

---

<sup>1129</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 551.

<sup>1130</sup> Vgl. Ziffer 7 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1131</sup> Vgl. zu Open-Source-Software im deutschen Recht DEIKE, 16.

<sup>1132</sup> SAHLFELD, 74 FN 15; vgl. zu den Open-Source-Lizenzen WIDMER, OSS, 161; vgl. zum deutschen Recht, teilweise im Zusammenhang mit Open-Source-Lizenzen METZGER/JAEGER, GRUR Int. 1999, 842 f.; JAEGER/METZGER, OSS, N 154; JAEGER/METZGER, MMR 2003, 434; SPINDLER, Rechtsfragen, Teil C N 35; DEIKE, 16; ROSENKRANZ, 108 ff.; LG München I, 19.05.2004, Az. 21 O 6123/04, CR 2004, 775 f.; LG Frankfurt a.M., 06.09.2006, Az. 2-6 O 224/06, CR 2006, 732; a.M. SCHIFFNER, 154 ff., der die Open-Source-Lizenzbedingungen als mit dinglicher Wirkung inhaltlich beschränkte einfache Nutzungsrechte i.S.v. § 31 Abs. 1 und 32 D-UrhG qualifiziert.

<sup>1133</sup> Es gilt der Grundsatz der Bedingungsfreundlichkeit, GAUCH/SCHLUEPP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3975.

<sup>1134</sup> SCHWENZER, N 11.01; KUKO OR-HONSELL, N 1 zu Art. 151.

<sup>1135</sup> GAUCH/SCHLUEPP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3960; B. BERGER, Schuldrecht, N 797; BSK OR I-EHRAT, N 2 zu Art. 154; KUKO OR-HONSELL, N 2 zu Art. 151.

<sup>1136</sup> GAUCH/SCHLUEPP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3948 m.w.N.

dingung<sup>1137</sup>. Solche vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Rechteinhaber und dem Nutzer, die für den Fall der Verletzung der vertraglichen Bestimmungen den Rückfall der Nutzungsrechte an den Rechteinhaber vorsehen, sind im Lizenzvertragsrecht durchaus zulässig<sup>1138</sup>.

Durch den Eintritt der Bedingung fällt die Wirkung des Rechtsgeschäfts bzw. der Forderung unabhängig vom Wissen der Parteien über den Bedingungseintritt<sup>1139</sup> ex nunc<sup>1140</sup> dahin. Dass der Creative-Commons-Lizenzgeber i.d.R. keine Kenntnis von einem Verstoss eines Lizenznehmers gegen die Vorschriften der Lizenz hat, ist somit kein Hinderungsgrund für den Wegfall der Rechteeinräumung. Ebenfalls unproblematisch ist der Wegfall der Nutzungsrechte des ursprünglichen Lizenznehmers für nachfolgende Lizenznehmer, die durch die fehlbare Partei Kenntnis vom Angebot des Lizenzgebers erhalten haben. Denn kraft der konsequenten Rechteeinräumung durch den ursprünglichen Lizenzgeber kommt es nicht zu einer Lizenzierungskette, womit der fehlbare Lizenznehmer nie als Unterlizenzgeber auftritt<sup>1141</sup>. In den Creative-Commons-Lizenzbedingungen wird zudem festgehalten, dass die Lizenzbeziehung zwischen dem ursprünglichen Lizenznehmer und dem Dritterwerber auch dann bestehen bleibt, wenn ein Dritterwerber eine Abwandlung des Lizenzgegenstandes oder eine Sammlung, die den Lizenzgegenstand enthält, vom fehlbaren Lizenznehmer unter den Bedingungen der betreffenden Creative-Commons-Lizenz erhalten hat<sup>1142</sup>.

Da eine bedingte Rechteeinräumung gesetzlich zulässig ist und die dementsprechende Bestimmung im Übrigen der AGB-Kontrolle standhält<sup>1143</sup>, ist in Übereinstimmung mit der h.L. auch im Schweizer Recht von der Vereinbarung einer auflösend bedingten Rechteeinräumung zwischen den Creative-Commons-Vertragsparteien auszugehen. Da eine gültige Parteivereinbarung den hier einschlägigen gesetzlichen Normen des Allgemeinen Teils des OR vorgeht, hat der Lizenzgeber gegenüber dem Lizenznehmer keine weiteren vertraglichen Ansprüche. Insbesondere hat er keine Möglichkeit, den Lizenznehmer gerichtlich zur Erfüllung der positiven Vertragspflichten – wie z.B. die Pflicht zur Urhebernennung – zu zwingen. Allerdings verletzt der fehlbare Lizenznehmer mit dem Wegfall der Nutzungserlaubnis das Urheberrecht

---

<sup>1137</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3965; KUKO OR-HONSELL, N 2 zu Art. 151.

<sup>1138</sup> VON BÜREN, Lizenzvertrag, SIWR I/1, 377.

<sup>1139</sup> BSK OR I-EHRAT, N 2 zu Art. 154; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 4005.

<sup>1140</sup> Art. 154 Abs. 2 OR.

<sup>1141</sup> Vgl. vorne 123.

<sup>1142</sup> Vgl. Ziffer 7 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1143</sup> Vgl. vorne 182.

des Lizenzgebers, womit zu prüfen bleibt, ob letzterem gegenüber ersterem Ansprüche aus dem URG zustehen.

## **7.2. Ansprüche gemäss URG**

Durch den automatischen Wegfall der Nutzungsrechte bei einem Verstoss gegen die Lizenzbedingungen verletzt der Lizenznehmer mangels Erlaubnis zur Nutzung des Lizenzgegenstandes das Urheberrecht des Lizenzgebers. Dieser kann gegenüber dem fehlbaren Lizenznehmer somit sämtliche Ansprüche aus dem 5. Titel des URG geltend machen, soweit die hierzu nötigen Voraussetzungen erfüllt sind. Ihm steht insbesondere der Anspruch auf Beseitigung der bestehenden Urheberrechtsverletzung nach Art. 62 Abs. 1 lit. b URG zu<sup>1144</sup>. Neben Beseitigung der bereits erfolgten Störung kann der Lizenzgeber bei drohender Gefährdung seiner Urheberrechte einen Unterlassungsanspruch gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. a URG geltend machen<sup>1145</sup>. Bei der Creative-Commons-Lizenzierung kommt es wohl selten vor, dass der Lizenzgeber Kenntnis einer drohenden Verletzungshandlung seitens des Lizenznehmers hat. Ist dem Lizenzgeber aber bekannt, dass der betreffende Nutzer bereits in der Vergangenheit analoge Verletzungshandlungen vorgenommen hat, kann dies als Indiz für zukünftige Eingriffe gesehen werden, was ein aktuelles Rechtsschutzinteresse des Verletzten begründen kann<sup>1146</sup>.

Des Weiteren steht dem Rechteinhaber gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. c URG ein Auskunftsanspruch über die Herkunft und Menge bzw. die Adressaten von widerrechtlich hergestellten oder in Verkehr gebrachten Gegenständen sowie über das Ausmass einer Weitergabe an gewerbliche Abnehmer zu. Somit erhält der Rechteinhaber die Möglichkeit, sich im Hinblick auf seine Rechtewahrung ein Bild über das Ausmass des rechtswidrigen Zustandes zu machen<sup>1147</sup>. Die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs ist im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung insbesondere in solchen Fällen denkbar, in denen der Lizenzgegenstand zur Bearbeitung freigegeben und in der Folge von verschiedenen Lizenznehmern bearbeitet wurde. In diesen Fällen kann der Lizenzgeber diejenige Person ausfindig machen, die als erste gegen die Lizenzbestimmungen verstossen hat<sup>1148</sup>. Eine solche Rückverfolgung

---

<sup>1144</sup> Um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, sieht Art. 63 URG zudem die Möglichkeit vor, widerrechtlich hergestellte Gegenstände einziehen und vernichten bzw. verwerten zu lassen, was allerdings bei der Werknutzung im Internet von untergeordneter Bedeutung ist. Gemäss Art. 66 URG kann sodann eine Urteilsveröffentlichung verlangt werden, die hauptsächlich der Information der beteiligten Kreise über die Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes dient, BGE 126 III 209, E. 5 a.

<sup>1145</sup> Zum Unterlassungsanspruch siehe REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 62; zu den Voraussetzungen der Unterlassungsklage vgl. DAVID ET AL., SIWR I/2, 271 ff.

<sup>1146</sup> BGE 90 II 51, E. 9.

<sup>1147</sup> Vgl. Botschaft URG 1989, 566.

<sup>1148</sup> Vgl. allgemein zur Klage auf Auskunfterteilung DAVID ET AL., SIWR I/2, N 349 ff.

oder das Auffinden sämtlicher rechtswidrig verbreiteter Werkkopien ist bei der Werknutzung im Internet indessen meist nur schwer zu erreichen bzw. unmöglich, zumal sich Art. 62 Abs. 1 lit. c URG an der physischen Werkverbreitung orientiert und insbesondere die Frage der Auskunft über IP-Adressen zur Ermittlung der Identität von Verletzern im Internet nicht regelt<sup>1149</sup>.

Neben den genannten Verletzungsklagen hat der Rechteinhaber bei bestehendem Feststellungsinteresse zusätzlich die Möglichkeit einer Bestandesklage in Form der Feststellungsklage nach Art. 61 URG<sup>1150</sup>. Allerdings fordert die wohl h.L. als Voraussetzung für deren Zulässigkeit neben der Unzumutbarkeit, Ungewissheit oder Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers sowie der Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Ungewissheit auch die Unmöglichkeit der Behebung dieses Zustandes durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage<sup>1151</sup>.

Für die genannten zivilrechtlichen Rechtsansprüche aus dem Urheberrecht wird kein Verschulden des Verletzers vorausgesetzt<sup>1152</sup>, womit Rechteinhaber grundsätzlich auch gegen (vormalige) Lizenznehmer vorgehen können, die unwissentlich gegen eine Creative-Commons-Lizenz verstossen haben. Liegt der Lizenzverstoss in einer fehlenden oder ungenügenden Urhebernennung, ist eine Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes durch die nachträgliche Anfügung des Urhebervermerks grds. noch möglich. Aufgrund der Lizenzbedingungen verliert ein fehlbarer Lizenznehmer mit seiner vertragsverletzenden Handlung jedoch seine Rechte aus der Lizenz automatisch. Da als Lizenznehmer zudem grundsätzlich nur solche Personen in Betracht kommen, die zuvor nicht gegen die Lizenzbedingungen verstossen haben<sup>1153</sup>, kann der Lizenznehmer von sich aus keinen erneuten Creative-Commons-Vertrag über den betreffenden Lizenzgegenstand zum Abschluss bringen. Nach einer Lizenzverletzung ist eine erneute Lizenzeinräumung deshalb nur mit ausdrücklicher Erlaubnis des Lizenzgebers möglich.

Gemäss Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 OR (resp. Art. 49 Abs. 1 OR bzw. Art. 423 OR) bleiben dem Rechteinhaber neben den genannten Rechtsbehelfen aus dem Urheberrecht die Klagen nach dem Obligationenrecht auf Schadenersatz, Genugtuung sowie

---

<sup>1149</sup> Vgl. hierzu REHBINDER/VIGANÒ, N 4 zu Art. 62 URG, die eine analoge Anwendung des Auskunftsanspruchs aus lit. c auf die Bekanntgabe von IP-Adressen für zweifelhaft halten.

<sup>1150</sup> Vgl. REHBINDER/VIGANÒ, N 1 f. zu Art. 61.

<sup>1151</sup> DAVID ET AL., SIWR I/2, N 326; MÜLLER, in: Müller/Oertli, N 13 zu Art. 61; REHBINDER/VIGANÒ, N 2 zu Art. 61; entgegen der Meinung in den beiden Voraufgaben neu auch BARRELET/EGLOFF, N 2 zu Art. 61; HILTY, Urheberrecht, N 416 mit Hinweis auf BGer. 4C.290/2001 vom 08.11.2002, E. 1.2, sic! 2003, 323 ff. „Tonbildträger“.

<sup>1152</sup> Botschaft URG 1989, 566; DAVID ET AL., SIWR I/2, N 258.

<sup>1153</sup> Vgl. vorne 124.



Gewinnherausgabe vorbehalten. Im Unterschied zu den zivilrechtlichen Rechtsbehelfen auf Beseitigung und Unterlassung ist für die Entstehung eines Schadenersatz- bzw. Genugtuungsanspruchs aber ein Verschulden erforderlich<sup>1154</sup>, dessen Vorliegen vom Lizenzgeber zu beweisen ist<sup>1155</sup>. Zudem müssen sämtliche übrigen Voraussetzungen des Obligationenrechts gegeben sein. Neben dem Vorliegen eines Schadens<sup>1156</sup> bzw. einer immateriellen Unbill<sup>1157</sup> wird deshalb die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Schädigers sowie ein Kausalzusammenhang zwischen dem widerrechtlichen Verhalten und dem eingetretenen Schaden bzw. der erlittenen immateriellen Unbill vorausgesetzt<sup>1158</sup>. Der Anspruch auf Gewinnherausgabe richtet sich so- dann gemäss Art. 62 Abs. 2 URG nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Die unerlaubte Ausübung fremder Urheberrechte fällt dabei unter den Tatbestand der Geschäftsanmassung (unechte Geschäftsführung ohne Auftrag) gemäss Art. 423 OR<sup>1159</sup>. Ob die Gewinnherausgabepflicht nach Art. 423 auch einen Geschäftsführer trifft, der in gutem Glauben handelt, ist umstritten<sup>1160</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung trifft nur den bösgläubigen Geschäftsführer eine Gewinnherausgabepflicht. Dafür spricht insbesondere, dass dem gutgläubigen Geschäftsführer das Wissen um die Fremdheit des Geschäfts fehlt und er bezüglich der Gewinnabschöpfung nicht gleichbehandelt werden sollte wie der bösgläubige Geschäftsführer<sup>1161</sup>. Die Bösgläubigkeit ist vom Lizenzgeber als Geschäftsherr zu beweisen<sup>1162</sup>.

Neben den Ansprüchen auf Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe hat der Rechteinhaber auch die Möglichkeit, einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR geltend zu machen<sup>1163</sup>. Dieser Anspruch konkurriert nach der h.L. sowohl mit dem Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung<sup>1164</sup> als auch mit dem Herausgabeanspruch aus Art. 423 OR<sup>1165</sup>. Der Bereicherungsanspruch hat gegenüber den anderen

<sup>1154</sup> DAVID ET AL., SIWR I/2, N 258, 383 ff.; MÜLLER, in: Müller/Oertli, N 1 zu Art. 62.

<sup>1155</sup> DAVID ET AL., SIWR I/2, N 384.

<sup>1156</sup> Zu den verschiedenen Arten der Schadensbemessung vgl. DAVID ET AL., SIWR I/2, 396 ff.

<sup>1157</sup> Zum Begriff der immateriellen Unbill und zur Bemessung der Genugtuung vgl. DAVID ET AL., SIWR I/2, N 408 ff.

<sup>1158</sup> DAVID ET AL., SIWR I/2, N 378 ff.

<sup>1159</sup> Vgl. statt vieler BSK OR I-WEBER, N 3 zu Art. 423.

<sup>1160</sup> Für die Anwendbarkeit von Art. 423 OR auch auf den gutgläubigen Geschäftsführer siehe BGE 97 II 169, E. 3a; vgl. auch HILTI, 695 ff., 701; a.M. BGE 129 III 422, E. 4; BSK OR I-WEBER, N 8 zu Art. 423 m.w.N.; KUKO OR-Weber, N 5 zu Art. 423; HUGUENIN, N 2162 f.

<sup>1161</sup> Für weitere Argumente vgl. BSK OR I-WEBER, N 8 zu Art. 423.

<sup>1162</sup> HUGUENIN, N 2177.

<sup>1163</sup> Entscheid des KGer St. Gallen vom 23.02.1999 („Logo II“), sic! 1999, 632.

<sup>1164</sup> Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1510.

<sup>1165</sup> Entscheid des KGer St. Gallen vom 23.02.1999 („Logo II“), sic! 1999, 632; BSK OR I-WEBER, N 8 zu Art. 423.

beiden Rechtsbehelfen den Vorteil, dass weder Verschulden noch Widerrechtlichkeit<sup>1166</sup> bzw. Bösgläubigkeit<sup>1167</sup> vorausgesetzt wird.

Schliesslich hat der Rechteinhaber nach Art. 65 URG die Möglichkeit, um vorsorgliche Massnahmen zu ersuchen, wenn durch die eingetretene oder unmittelbar bevorstehende Schutzrechtsverletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Liegt besondere Dringlichkeit vor, kann auch eine superprovisorische Verfügung angeordnet werden, womit die zur Wahrung des rechtlichen Gehörs dienende Anhörung der Gegenpartei unterbleiben kann<sup>1168</sup>.

### **7.3. Fazit**

Aufgrund der Ausgestaltung der Vertragspflichten des Creative-Commons-Lizenznehmers als auflösende Bedingungen i.S.v. Art. 154 OR hat deren Verletzung lediglich den Wegfall der Rechteeinräumung zur Folge. Darüber hinaus besteht kein vertraglicher Anspruch des Lizenzgebers. Als Folge des Wegfalls der vertraglich eingeräumten Nutzungserlaubnis leben jedoch die urheberrechtlichen Ansprüche wieder auf, sodass der Lizenzgeber vom Lizenznehmer unabhängig vom Vorliegen eines Verschuldens insbesondere die Beseitigung der Verletzung verlangen kann. Ist dem Lizenzgeber durch die ungerechtfertigte Nutzung des Lizenzgegenstandes ein Schaden entstanden, kann er diesen gestützt auf Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 ff. OR geltend machen, doch hat der Lizenzgeber zu beweisen, in welchem Ausmass ihm dieser Schaden erwachsen ist, und dass den fehlbaren Lizenznehmer ein Verschulden trifft. Unabhängig vom Vorliegen eines Verschuldens hat der Lizenzgeber gegenüber dem Lizenznehmer bei gegebenen Voraussetzungen zudem einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 1 OR. Schliesslich kann der Lizenzgeber die Herausgabe des Gewinns aus (unechter) Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 423 OR verlangen, soweit ihm der Nachweis der Bösgläubigkeit gelingt.

## **8. Kompatibilität der Creative-Commons-Lizenzen mit späteren Versionen und anderen Open-Content-Lizenzen**

Die Einführung einer neuen Version der Creative-Commons-Lizenzen berührt die unter einer früheren Version der Lizenz veröffentlichten Lizenzgegenstände nicht, da der Creative-Commons-Lizenztext keine automatische Anpassung der Lizenz an eine spätere Version vor-

---

<sup>1166</sup> Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1510.

<sup>1167</sup> BSK OR I-WEBER, N 8 zu Art. 423.

<sup>1168</sup> HILTY, Urheberrecht, N 422.

sieht (sofern dies überhaupt möglich wäre). Allerdings ist eine Creative-Commons-Lizenz mit jeder späteren Lizenz kompatibel, sodass z.B. die Klausel *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* auch dann erfüllt ist, wenn die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes unter einer späteren Version der ursprünglichen Lizenz mit denselben Lizenzelementen veröffentlicht wird und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um dieselbe rechtsordnungsspezifische Creative-Commons-Lizenz handelt<sup>1169</sup>.

Um einen Creative-Commons-lizenzierten Inhalt überdies auch mit Inhalten kombinieren zu können, die unter einer anderen offenen Lizenz verbreitet worden sind, hat Creative Commons seit der Version 3.0 den Begriff der „mit Creative Commons kompatiblen Lizenz“ entwickelt. Sämtliche offenen Lizenzen, die von Creative Commons als kompatibel befunden werden, sind unter <http://creativecommons.org/compatiblelicenses> abrufbar. Als „mit Creative Commons kompatible Lizenz“ gilt eine offene Lizenz dann, wenn sie Bestimmungen enthält, welche die gleichen Ziele verfolgen, die gleiche Bedeutung haben und die gleichen Wirkungen erzeugen wie die Lizenzelemente der betreffenden Creative-Commons-Lizenz. Zudem muss die fragliche Lizenz die Lizenzierung von Abwandlungen, die derselben unterstellt sind, unter der betreffenden Creative-Commons-Lizenz bzw. einer gleichwertigen rechtsordnungsspezifischen oder aber der unportierten Lizenz ausdrücklich erlauben<sup>1170</sup>.

## **9. Exkurs: Creative-Commons-Lizenzen im US-amerikanischen Recht**

### **9.1. Allgemeines**

Auch wenn die Creative-Commons-Lizenzen in den USA entwickelt wurden, waren sie schon von Beginn an darauf ausgerichtet, internationale Gültigkeit zu erlangen. Dies ist angesichts der länderübergreifenden Verbreitung urheberrechtlich relevanter Informationen insbesondere über das Internet auch unabdingbar. Bei der Weiterentwicklung der Lizenzen wird deshalb noch mehr Gewicht darauf gelegt, auch für die vor allem in Kontinentaleuropa auftretenden, *civil-law*-spezifischen urheberrechtlichen Problemstellungen geeignete Lösungen zu finden. Schliesslich trug die bis zur Version 3.0 vorgenommene Adaptierung der Lizenzen an die jeweiligen Rechtsordnungen dazu bei, dass die Creative-Commons-Lizenzen nicht als rein amerikanisches Produkt betrachtet werden<sup>1171</sup>. Trotzdem kann es im Zusammenhang mit der rechtlichen Qualifizierung und Auslegung der Creative-Commons-Lizenzen im Hinblick auf den Ursprung einer bestimmten Regelung von Interesse sein, vor welchem rechtlichen Hin-

---

<sup>1169</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. a ii) der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1170</sup> <http://creativecommons.org/compatiblelicenses>.

<sup>1171</sup> Vgl. vorne 70.

tergrund diese entstanden ist. Dies wird in Zukunft auch deshalb umso wichtiger sein, da die Adaptierung der Creative-Commons-Lizenzen ab der Version 4.0 höchstwahrscheinlich aufgehoben wird, womit nur noch der in den USA (wenn auch unter Bezug verschiedener Urheberrechtsexperten anderer Länder) entwickelte Vertragstext massgeblich sein wird<sup>1172</sup>.

Zunächst folgt deshalb ein kurzer Überblick über die dogmatische Einordnung der Creative-Commons-Lizenzen im US-amerikanischen *Common law*. Anschliessend wird kurz auf die hier relevanten wichtigsten materiellrechtlichen Unterschiede zwischen dem US-amerikanischen *Copyright* und dem in *Civil-law*-Rechtsordnungen geltenden *Droit d'auteur* eingegangen.

## 9.2. *License versus Contract*

Das anglo-amerikanische Recht unterscheidet bei der rechtsgeschäftlichen Verfügung über das *Copyright* zwischen der (teilweisen oder vollständigen) Übertragung (*assignment*) und der Einräumung von (exklusiven oder nicht exklusiven) Nutzungsrechten mittels einer *license*<sup>1173</sup>. Während für die Übertragung und für die Einräumung einer exklusiven Lizenz Schriftlichkeit vorausgesetzt wird<sup>1174</sup>, ist die Einräumung eines einfachen (nichtausschliesslichen) Nutzungsrechts, wie dies durch den Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen geschieht, formfrei möglich<sup>1175</sup>. Zudem hat die Erteilung eines einfachen Nutzungsrechts auch im US-amerikanischen Recht, ebenso wie in der Schweiz<sup>1176</sup> und im Unterschied z.B. zu Deutschland<sup>1177</sup>, nicht die Einräumung einer immaterialgüter- und somit absolutrechtlichen Stellung zur Folge. Vielmehr verspricht der *Copyright*-Inhaber, sein Ausschliesslichkeitsrecht gegenüber dem Begünstigten nicht geltend zu machen, solange sich dieser gemäss den Bedingungen des *Copyright*-Inhabers verhält<sup>1178</sup>.

Es stellt sich deshalb die Frage nach der Rechtsnatur dieses Versprechens des Rechteinhabers, nicht gegen den Begünstigten vorzugehen. Während sich der Rechteinhaber im Schweizer

---

<sup>1172</sup> Vgl. vorne 71.

<sup>1173</sup> GOMULKIEWICZ/NGUYEN/CONWAY, 310; SCHECHTER/THOMAS, 169; ROSENKRANZ, 138; GÖTTING/FIKENTSCHER, N 284.

<sup>1174</sup> Sowohl die Übertragung (*assignment*) als auch die exklusive Lizenz (*exclusive license*) werden in 17 U.S.C. § 101 unter den Begriff *transfer* subsumiert, für den 17 U.S.C. § 204 Schriftlichkeit voraussetzt.

<sup>1175</sup> HALPERN/NARD/PORT, 64; HALPERN/SHIPLEY/ABRAMS, 298; GOMULKIEWICZ/NGUYEN/CONWAY, 310.

<sup>1176</sup> Vgl. vorne 109.

<sup>1177</sup> Vgl. ROSENKRANZ, 138, m.w.N; vgl. auch GÖTTING/FIKENTSCHER, N 285.

<sup>1178</sup> NIMMER, § 10.01 [C] [5] FN 73.1.; ROSENKRANZ, 138; GÖTTING/FIKENTSCHER, N 288; WEICHE, 95; vgl. auch GOMULKIEWICZ/NGUYEN/CONWAY, 4.

Recht – und wohl auch in den meisten anderen *Droit d’auteur*-Rechtsordnungen<sup>1179</sup> – bis auf wenige Ausnahmen nur vertraglich zu einem Tun oder Unterlassen verpflichten kann, wird im *Common-law*-Rechtskreis zwischen einem Vertrag (*contract*) und einer „blossen“ Lizenz (*bare license*) unterschieden<sup>1180</sup>. Die *license* gilt dabei als einseitiges Rechtsgeschäft, mittels dessen der Rechteinhaber dem Begünstigten erlaubt, etwas zu tun, was ohne das Vorliegen der *license* nur dem Rechteinhaber erlaubt wäre<sup>1181</sup>. Aufgrund der Natur der *license* als einseitiges Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Lizenznehmers zur Rechteeinräumung nach US-amerikanischem Verständnis nicht nötig<sup>1182</sup>, da ihm durch die *license* neben der Vorgabe, dass sich seine Handlungen innerhalb des Bereichs der Lizenz bewegen müssen, keine Pflichten auferlegt werden<sup>1183</sup>. Verletzt der Begünstigte die Bestimmungen der *license*, indem er Rechte ausübt, die ihm nicht eingeräumt wurden, greifen die Sanktionen des Urheberrechts und nicht jene der *license*<sup>1184</sup>. Zudem sind solche einfachen Lizenzen durch den Lizenzgeber jederzeit frei widerruflich<sup>1185</sup>. Im Unterschied zu dieser einseitigen Rechtsnatur der anglo-amerikanischen *license* verlangen *contracts* Gegenseitigkeit, deren Vorliegen aufgrund der „Theorie der Gegenleistung“ (sog. *consideration theory*) ermittelt wird<sup>1186, 1187</sup>.

### 9.3. US-amerikanische *consideration doctrine*

Im Zentrum des US-amerikanischen Vertragsrechts steht die *consideration doctrine*, die zugleich eine charakteristische Eigenheit des *Common-law*-Vertragsrechts darstellt<sup>1188</sup>. Zweck der *consideration doctrine* ist es, zwischen durchsetzbaren und nicht durchsetzbaren Versprechen zu unterscheiden<sup>1189</sup>. So bedürfen Verträge im System des *Common law* im Gegensatz zur einseitigen Rechtsnatur der *license* neben Angebot und Annahme zusätzlich eines gegenseitigen Austausches von Werten gegen Versprechen, sodass die dadurch begründeten Ver-

<sup>1179</sup> Vgl. für das deutsche Recht ROSENKRANZ, 59 ff., 63 ff. sowie 143 f.

<sup>1180</sup> ROSEN, 53; vgl. auch GOMULKIEWICZ/NGUYEN/CONWAY, 5.

<sup>1181</sup> ROSEN, 53; HIETANEN, 108. Vgl. hierzu auch die Definition des Begriffs der (*bare*) *license* als „*A grant by the holder of a copyright or patent to another of any of the rights embodied in the copyright or patent short of an assignment of all rights*“, Merriam-Webster’s Dictionary of Law 2011.

<sup>1182</sup> ROSEN, 53, vergleicht die Nutzungserlaubnis mittels einer *license* mit dem Führerschein (*driver’s license*) „*A driver’s license is issued by a government agency, but it does not constitute an agreement of any sort between the driver and the agency*“.

<sup>1183</sup> HIETANEN, 108. Dies steht im Gegensatz zur Auffassung in Rechtsordnungen wie der Schweiz, in denen sich ein Rechtssubjekt auch gegen die reine Einräumung von Rechten wehren können muss, indem es einen solchen Vertrag durch Nichtannahme nicht zum Abschluss bringt, vgl. vorne 112.

<sup>1184</sup> ROSEN, 53; HIETANEN, 108.

<sup>1185</sup> ROSEN, 56.

<sup>1186</sup> ROSEN, 61; HIETANEN, 109.

<sup>1187</sup> Vgl. zum ganzen LOREN, 316 f.

<sup>1188</sup> FROMHOLZER, 8; vgl. auch HAY, N 300.

<sup>1189</sup> FERRIELL, 63; FROMHOLZER, 12.

pflichtungen im Falle des Nichteinhaltens aufgrund des Vertrags rechtlich erzwungen werden können<sup>1190</sup>. Erteilt der Rechteinhaber dem Begünstigten etwa die Erlaubnis, sein Werk so zu verwenden, wie es dem Begünstigten durch die Schrankenbestimmungen des Urheberrechts ohnehin schon erlaubt ist, kommt aufgrund des Fehlens einer werthaltigen Leistung (also mangels *consideration*) seitens des Rechteinhabers nach anglo-amerikanischem Recht kein Vertrag zustande<sup>1191</sup>.

Im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Lizenzen stellt sich die Frage nach dem Vorliegen der *consideration* auf Seiten des Begünstigten. Der Lizenztext hält fest, dass „*To the extent this license may be considered to be a contract, the licensor grants you the rights contained here in consideration of your acceptance of such terms and conditions*“. Unklar ist nun, ob dem Versprechen des Nutzers, sich an die Bedingungen der betreffenden Lizenz zu halten, ein Wert im Sinne einer *consideration* zukommt<sup>1192</sup>. In der Literatur zur Open-Source-Software wird die Werthaltigkeit der Einhaltung der Bedingungen durch den Lizenznehmer von einigen Autoren verneint und demzufolge von einer Qualifikation der Open-Source-Lizenzen als *bare licenses* ausgegangen<sup>1193</sup>.

Verschiedentlich begründet man das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien einer Creative-Commons-Lizenz mit der *promissory estoppel*<sup>1194</sup>. Durch diese Rechtsfigur können aufgrund einer fehlenden *consideration* an sich unverbindliche Versprechen unter bestimmten Umständen dadurch verbindlich werden, dass dem Versprechenden das Recht genommen wird, sich auf die fehlende *consideration* zu berufen<sup>1195</sup>. Für die Anwendung der *promissory-estoppel-theory* wird vorausgesetzt, dass der Versprechensempfänger im Vertrauen auf das abgegebene Versprechen tätig wurde, der Versprechende dies wusste und vorhersehen musste sowie dass die Durchsetzung des Versprechens zu einer Vermeidung von Unbilligkeiten führt<sup>1196</sup>.

---

<sup>1190</sup> HIETANEN, 108; vgl. auch LOREN, 316.

<sup>1191</sup> LOREN, 312.

<sup>1192</sup> LOREN, 312.

<sup>1193</sup> So bezeichnet z.B. Eben Moglen, General Counsel der *Free Software Foundation*, die GNU GPL ausdrücklich als Lizenz und stellt klar, dass Lizenzen keine Verträge seien, <http://www.gnu.org/philosophy/enforcing-gpl.html>; vgl. auch Jones unter <http://lwn.net/Articles/61292/>; siehe auch ROSEN, 103 ff. zur GNU GPL.

<sup>1194</sup> Vgl. ROSEN, 64 für die Open-Source-Lizenzierung; für die Open-Content-Lizenzierung sodann LOREN, 317 f.; ROSENKRANZ, 148. Vgl. allgemein zur *promissory estoppel* FERRIELL, 135 ff.

<sup>1195</sup> HAY, N 304; FERRIELL, 136.

<sup>1196</sup> HAY, N 304.

Wird also die Befolgung der Lizenzpflichten durch den Lizenznehmer als werthaltig und somit als *consideration* beurteilt oder lässt man die Berufung des Lizenznehmers auf die *promissory estoppel* zu, so sind die Creative-Commons-Lizenzen als verbindliche Versprechen – und nicht lediglich als jederzeit frei widerrufbare *bare licenses* – zu qualifizieren<sup>1197</sup>.

#### 9.4.           Rechtsfolgen bei Verletzungshandlungen

Die Unsicherheit in der Qualifizierung der Creative-Commons-Lizenzen als *licenses* bzw. *contracts* im Zusammenhang mit dem Vorliegen von Verletzungshandlungen führt neben dem Aspekt der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit insbesondere zu prozessualen Fragen<sup>1198</sup>. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich hingegen nicht wesentlich. Überschreitet der Lizenznehmer seine aus der *license* hervorgehende Berechtigung, wird er gegenüber dem Lizenzgeber aufgrund einer Verletzung des Urheberrechts haftbar, zumal er ohne Erlaubnis in das Ausschliesslichkeitsrecht des Lizenzgebers eingegriffen hat<sup>1199</sup>. Der Lizenzgeber hat die Möglichkeit, vorsorgliche Massnahmen gegen den Lizenznehmer zu erwirken sowie Gewinnherausgabe und Schadenersatz zu verlangen. Letzterer kann aus dem Ersatz des effektiv erlittenen Schadens sowie darüber hinaus auch aus Strafschadenersatz bestehen<sup>1200</sup>.

Geht man vom Bestehen eines Vertrages aus, so führt ein Verstoss gegen die Vertragsbedingungen zu einem Vertragsbruch (*breach of contract*). Ein solcher Vertragsbruch führt nur dann zum Wegfall der vertraglichen Vereinbarung und zum Ersatz des positiven Interesses, wenn er als besonders schwerwiegend gilt oder die Verletzung vorsätzlich begangen wurde bzw. wesentlich ist<sup>1201</sup>. Ist dies nicht der Fall, kann das Gericht die vertragsbrechende Partei dazu verpflichten, ihre Pflichten aus dem Vertrag zu erfüllen (*specific performance*)<sup>1202</sup>. Die Parteien haben aber die Möglichkeit, den Rückfall der Rechte bei Vertragsverletzung vertraglich festlegen<sup>1203</sup>. Die Creative-Commons-Lizenzen sehen einen solchen Heimfall der eingeräumten Rechte vor. Zwar hat der Lizenzgeber insbesondere bei den Creative-Commons-Lizenzen mit dem Lizenzmodul *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* ein Interesse daran,

---

<sup>1197</sup> Von einer vertraglichen Einordnung ausgehend MERGES, 198; ROSENKRANZ, 149; a.M. LESSIG, Public Domain, 76.

<sup>1198</sup> So ist das Vertragsrecht gliedstaatlich geregelt, womit eine Vertragsverletzung zu einer gliedstaatlichen Zuständigkeit führt, während das *Copyright* Bundesrecht darstellt und deshalb auf Bundesebene beurteilt wird, vgl. WEICHE, 20; siehe auch 28 U.S.C. § 1338 (a). Vgl. zur Zuständigkeit für *Copyright*-Verletzungen LEAFFER, 474 ff.

<sup>1199</sup> Vgl. ROSEN, 53 f.

<sup>1200</sup> Siehe zum ganzen HIETANEN, 121 ff. m.w.N. Siehe auch ROSEN, 269 ff.

<sup>1201</sup> NIMMER, § 10.15 [A] 124; WEICHE, 138.

<sup>1202</sup> Siehe zum ganzen HIETANEN, 121.

<sup>1203</sup> WEICHE, 139.

den Lizenznehmer zur Einhaltung der Pflicht zur Lizenzierung einer Bearbeitung unter derselben Lizenz, unter der das Ausgangswerk steht, zu zwingen, was indessen nicht möglich wäre, wenn von einer nichtvertraglichen *license* ausgegangen wird<sup>1204</sup>. Allerdings führt die Unmöglichkeit der Verpflichtung zur Einhaltung der Lizenzbedingung *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* nicht dazu, dass der Lizenznehmer seine Bearbeitung ungehindert unter einer anderen Lizenz weiterverbreiten darf. Denn durch den Verstoss gegen die Lizenzbedingungen fällt die Rechteeinräumung dahin, sodass es dem Lizenznehmer schliesslich nicht mehr erlaubt ist, seine Bearbeitung weiterzuverbreiten. Tut er es trotzdem, hat der Lizenznehmer neben der Geltendmachung von Schadenersatz inkl. Strafschadenersatz auch die Möglichkeit, mittels vorsorglicher Massnahmen eine Nutzung der Bearbeitung zu verhindern<sup>1205</sup>, zumal jede weitere Nutzung des Lizenzobjekts nach Wegfall des Vertrags eine Urheberrechtsverletzung darstellt<sup>1206</sup>.

#### **9.5.       Widerrufsmöglichkeit auch bei Vorliegen einer verbindlichen Vereinbarung?**

Auch wenn eine bindende Vereinbarung über die Urheberrechtseinräumung im Gegensatz zur *bare license* nicht ohne Weiteres jederzeit widerrufen werden kann, erfolgt die Rechteeinräumung doch nicht ohne jede Beendigungsmöglichkeit. Der U.S. Copyright Act gibt dem Urheber bzw. dessen Rechtsnachfolgern das unverzichtbare Recht, die Rechteeinräumung nach Ablauf von 35 Jahren während einer Frist von fünf Jahren zu widerrufen<sup>1207</sup>. Widerrufbar sind dabei sämtliche Rechte, die nach dem 01.01.1978 Gegenstand einer Übertragung oder einer Lizenz waren. Ausgeschlossen wird die Widerrufsmöglichkeit lediglich für *works made for hire*<sup>1208</sup>. Die Widerrufsmöglichkeit erfährt zudem eine wichtige Einschränkung hinsichtlich Bearbeitungen, die im Zeitpunkt des Widerrufs bereits erstellt worden sind. Bezüglich diesen bleibt die Rechteeinräumung zur Werknutzung nämlich trotz erfolgtem Widerruf im Umfang der ursprünglichen Rechteeinräumung bestehen<sup>1209</sup>. Dies ermöglicht den Bearbeitern, die noch vor dem Widerruf eine Bearbeitung erstellt haben, diese auch nach dem Widerruf weiterhin im ursprünglichen Umfang zu nutzen.

---

<sup>1204</sup> Vgl. HIETANEN, 122 m.w.N.

<sup>1205</sup> Vgl. HIETANEN, 122.

<sup>1206</sup> NIMMER, § 10.15 [A] 123; WEICHE, 139.

<sup>1207</sup> 17 U.S.C. § 203(a).

<sup>1208</sup> Zu diesem Begriff vgl. sogleich 197.

<sup>1209</sup> 17 U.S.C. § 203(b) (1).



Der Hauptgrund für die Einführung des Widerrufsrechts durch den Urheber bzw. seinen Rechtsnachfolger war, dem Urheber dadurch die Möglichkeit zu geben, seine Rechte Dritten erneut und zu für ihn vorteilhafteren Konditionen einzuräumen. Der Urheber soll durch § 203 U.S. Copyright Act somit die Möglichkeit erhalten, mehr Gewinn aus der Einräumung seiner Urheberrechte zu erzielen, wenn sich nach einer gewissen Zeit herausstellt, dass die eingeräumten Rechte mehr wert sind als zuvor angenommen<sup>1210</sup>. Eine solche Entwicklung ist im Zusammenhang mit der Nutzung von Creative-Commons-Lizenzen durchaus denkbar.

Allerdings hatte der amerikanische Gesetzgeber bei der Schaffung von § 203 U.S. Copyright Act einen solchen Urheber vor Augen, der gegenüber dem Lizenznehmer aufgrund seiner schwachen Verhandlungsposition eine schützenswerte Stellung innehat<sup>1211</sup>. Dieses Machtgefälle zwischen Urheber und Lizenznehmer fehlt aber gerade bei den Creative-Commons-Lizenzen, bei denen der Urheber seine Rechte aus eigenem Antrieb an eine unbestimmte Anzahl von Personen lizenziert<sup>1212</sup>. Zudem ist der Tatbestand der Creative-Commons-Lizenzierung, bei der beliebig viele Lizenzen zu unterschiedlichen Zeitpunkten erteilt werden, nicht mit dem der Regelung in § 203 U.S. Copyright Act zugrunde liegenden Fall vergleichbar, bei dem der Lizenznehmer bekannt ist und ein datierter Vertrag vorliegt<sup>1213</sup>. Des Weiteren wird es ohnehin wohl eher selten vorkommen, dass ein Werk mehr als 35 Jahre lang gewinnbringend genutzt werden kann. Denkbar sind insbesondere zwei Konstellationen: Im ersten Fall publiziert ein Autor sein Werk, z.B. ein Buch, unter einer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung*. Ein Filmproduzent wird kurz nach der Publikation auf das Buch aufmerksam und benutzt es als Vorlage für einen Film. Dies geschieht im Einklang mit den Lizenzbestimmungen, da diese die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes erlauben. Mangels Einschränkung auf die nichtkommerzielle Nutzung wird die Produktion in Kinos gezeigt und an Endnutzer verkauft. In dieser Konstellation ist es äusserst fraglich, ob das dem Filmwerk zugrunde liegende Buch nach 35 Jahren überhaupt noch gewinnbringend vermarktet werden kann. Dies ist in den meisten Fällen wohl zu verneinen. Im zweiten Fall wird der Filmproduzent erst 33 Jahre nach Veröffentlichung des Buches unter einer Creative-Commons-Lizenz auf dieses aufmerksam und produziert seinen Film somit kurz vor Ablauf der 35-Jahres-Frist des § 203 U.S. Copyright Acts. In diesem Fall hat der Autor des Buches gegenüber dem Produzenten kein Widerrufsrecht. Zwar hat der Autor sein Buch bereits vor langer Zeit unter einer Creative-Commons-Lizenz publiziert, im Verhältnis zum Produzenten besteht aber erst seit Kurzem

---

<sup>1210</sup> JOYCE/PATRY/LEAFFER/JASZI, 375.

<sup>1211</sup> NIMMER, § 11.01, 4 FN 10; MERGES/MENELL/LEMLEY, 515 f.

<sup>1212</sup> So auch ROSENKRANZ, 151.

<sup>1213</sup> LOREN, 319.

ein Lizenzvertrag, womit die Möglichkeit eines Widerruf ausscheidet, es sei denn, der Urheber könnte beweisen, dass der Filmproduzent sein Buch bereits seit 35 Jahren im Sinne der Creative-Commons-Lizenz nutzt, womit die Lizenz bereits seit 35 Jahren bestünde.

Aus diesen Gründen wird es selten vorkommen, dass ein Creative-Commons-Lizenzgeber seine Lizenz nach 35 Jahren widerrufen wird. Zudem bleibt ihm im Zeitpunkt der Lizenzierung immer auch die Möglichkeit, das Recht zur kommerziellen Nutzung nicht freizugeben.

## 9.6. Unterschiede im materiellen Urheberrecht

Neben den Unterschieden in der rechtlichen Qualifikation bestehen auch bedeutende materiellrechtliche Unterschiede zwischen dem US-amerikanischen *Copyright* und dem kontinentaleuropäischen *Droit d'auteur*. Für die hier zu untersuchende Creative-Commons-Lizenzierung sind im Verhältnis zur Schweiz insbesondere die Urheberpersönlichkeitsrechte sowie die *Works made for hire*-Doktrin relevant<sup>1214</sup>.

Im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen *Droit d'auteur*-System, das die Beziehung des Urhebers zu seinem Werk in den Mittelpunkt stellt, hat sich das anglo-amerikanische *Copyright*-System als Investitionsschutz entwickelt, das bis zum Beitritt der USA zur RBÜ keine (zumindest keine geschriebenen<sup>1215</sup>) Urheberpersönlichkeitsrechte kannte<sup>1216</sup>. Die im Zuge des Beitritts zur RBÜ mittels des Visual Artists Act of 1990 (VARA) eingeführten Urheberpersönlichkeitsrechte sind gegenüber jenen in *Droit d'auteur*-Jurisdiktionen stark eingeschränkt<sup>1217</sup>. Insbesondere werden nicht allen Urhebern Urheberpersönlichkeitsrechte zuerkannt, sondern lediglich Schöpfern von *works of visual art*<sup>1218</sup>. Dieser Begriff ist eng zu verstehen und umfasst wichtige Werkarten wie beispielsweise Bücher oder elektronische Publikationen nicht<sup>1219</sup>. Ausdrücklich ausgenommen sind auch *works made for hire*<sup>1220</sup>. Erfüllt ein Urheber bzw. sein Werk sämtliche Voraussetzungen für die Zuerkennung von Urheberpersönlichkeitsrechten, kommt dem Urheber das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft zu und

---

<sup>1214</sup> Siehe zum ganzen ROSENKRANZ, 136 ff.

<sup>1215</sup> Vgl. NIMMER, § 8D.02 [A], 10.

<sup>1216</sup> Siehe allgemein zu *Moral Rights* im amerikanischen Recht MERGES/MENELL/LEMLEY, 577 ff.

<sup>1217</sup> Vgl. NIMMER, § 8D.02 [A], 11.

<sup>1218</sup> Dazu zählen u.a. Gemälde, Zeichnungen oder Skulpturen, wobei der Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte nur dann greift, wenn lediglich eine limitierte Anzahl Kopien (bis max. 200 Stück) des betreffenden Werks existieren und sämtliche Exemplare vom Urheber signiert und durchnummeriert sind, vgl. 17 U.S.C. § 101; siehe auch LEAFFER, 364.

<sup>1219</sup> 17 U.S.C. § 101.

<sup>1220</sup> 17 U.S.C. § 101; LEAFFER, 364.

er ist vor Entstellungen seines Werks geschützt<sup>1221</sup>. Anders als in Kontinentaleuropa ist der urheberpersönlichkeitsrechtliche Schutz in den USA zudem auf die Lebensdauer des Urhebers beschränkt, dauert infolgedessen also nicht über dessen Tod hinaus<sup>1222</sup>. Der Urheber kann seine Urheberpersönlichkeitsrechte zudem schriftlich wegbedingen<sup>1223</sup>.

Die schwache Stellung der Urheberpersönlichkeitsrechte in den USA führt im Gegensatz zur Situation in den *Droit d'auteur*-Rechtsordnungen zu weit weniger Problemen im Rechtsverkehr mit urheberrechtlich geschützten Werken.

Im US-amerikanischen Recht ist zudem die Möglichkeit eines Verzichts auf das Urheberrecht als solches (*abandonment of Copyright*) allgemein anerkannt<sup>1224</sup>. Dies macht die Freigabe eines urheberrechtlich geschützten Werks in die *Public domain* im anglo-amerikanischen Recht ohne Weiteres möglich<sup>1225</sup>.

Ein weiterer Unterschied zwischen dem anglo-amerikanischen *Copyright law* und dem kontinentaleuropäischen *Droit d'auteur* besteht darin, dass letzteres nur natürlichen Personen die Eigenschaft als Urheber zuspricht<sup>1226</sup>, während im ersteren Urheberrechte gemäss der sog. *Works made for hire*-Doktrin originär auch bei juristischen Personen entstehen<sup>1227</sup>. Dies ist dann der Fall, wenn ein Arbeitnehmer ein Werk im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses schafft bzw. wenn das Werk eine der in § 101 U.S. Copyright Act genannten Kriterien erfüllt und zwischen den Parteien schriftlich vereinbart wurde, dass es sich beim betreffenden Werk um ein *Work made for hire* handeln soll<sup>1228</sup>.

Während im US-amerikanischen Recht also auch juristische Personen ein Werk als Urheber unter eine Creative-Commons-Lizenz stellen können, ist dies für eine juristische Person nach Schweizer Recht nur dann möglich, wenn ihr die nötigen Rechte nachträglich eingeräumt wurden. Insbesondere stellt sich im US-amerikanischen Recht aufgrund der direkten Entstehung des Urheberrechts beim Arbeitgeber die Frage nicht, wer bei der Verwendung von Crea-

---

<sup>1221</sup> 17 U.S.C. § 106 A (a) (3); LEAFFER, 365.

<sup>1222</sup> 17 U.S.C. § 106 A (d); für die Ausnahme von dieser Regel vgl. MERGES/MENELL/LEMLEY, 578.

<sup>1223</sup> Die Erklärung des Urhebers muss sich allerdings auf ein bestimmtes Werk und eine bestimmte Nutzung beziehen, siehe 17 U.S.C. § 106 A (e) sowie LEAFFER, 365.

<sup>1224</sup> NIMMER, § 13.06, 272 ff.; GOMULKIEWICZ/NGUYEN/CONWAY, 19; LOREN, 319 f.; *National Comics Publications, Inc. v. Fawcett Publications, Inc. et al.*, 191 F.2d 594, 598 (2<sup>nd</sup> Cir. 1952); ROSENKRANZ, 138 f.

<sup>1225</sup> ROSENKRANZ, 139.

<sup>1226</sup> Vgl. vorne 83.

<sup>1227</sup> NIMMER, § 5.03 [A] 12 ff.; MERGES/MENELL/LEMLEY, 488 ff.; JOYCE/PATRY/LEAFFER/JASZI, 273; GÖTTING/FIKENTSCHER, N 242.

<sup>1228</sup> MERGES/MENELL/LEMLEY, 489; ROSENKRANZ, 136 f.

tive-Commons-lizenzierten Werken durch einen Arbeitnehmer mittels der Klausel *Weitergabe unter gleichen Bedingungen* verpflichtet wird<sup>1229</sup>.

## **9.7. Fazit**

Wie aufgezeigt, besteht im Ursprungsland der Creative-Commons-Lizenzen keine Einigkeit über deren dogmatische Einordnung. Die Tendenz zur Qualifikation der Creative-Commons-Lizenzen als blosse *licenses* rührt wohl daher, dass der Grundgedanke von Creative Commons in der Zurverfügungstellung eines einfachen Instruments zur Freigabe bestimmter Rechte auf der Grundlage bestimmter Bedingungen besteht, deren Verletzung insbesondere den Wegfall des Nutzungsrechts zur Folge haben soll. Ungelöst bleibt aber so oder so die Frage nach der Widerrufsmöglichkeit durch den Lizenzgeber, sei es nun jederzeit (bei Annahme einer *bare license*) oder aber nach Ablauf von 35 Jahren nach Vertragsschluss (bei Annahme eines *contracts*). Um dieses Problem zu umgehen, qualifiziert z.B. LOREN die Creative-Commons-Lizenzen weder als *bare licenses* noch als *contracts*, sondern vielmehr als einen begrenzten Verzicht auf das Urheberrecht<sup>1230</sup>. Auf die unterschiedlichen rechtlichen Folgen der verschiedenen Qualifizierungen der Creative-Commons-Lizenzen wird in der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen. Festgehalten sei aber, dass in den USA bisher keine Einigkeit über die rechtsdogmatische Einordnung von Open-Content-Lizenzen besteht.

## **10. Durchsetzung der Creative-Commons-Lizenzen**

### **10.1. Allgemeines**

Gemäss den vorstehenden Ausführungen kommt es durch die Nutzung eines Creative-Commons-lizenzierten Werks nach Schweizer Recht zum Abschluss eines gültigen Creative-Commons-Vertragsverhältnisses. Es stellt sich nun im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Creative-Commons-Lizenzen die Frage nach der gerichtlichen Zuständigkeit und dem auf Streitigkeiten anwendbaren Recht bei Vorliegen eines nationalen und insbesondere eines internationalen Verhältnisses.

### **10.2. Regelung im Lizenztext**

Die generischen sowie die meisten nationalen Creative-Commons-Lizenzen enthalten keine Gerichtsstands- und seit dem Wechsel zur Version 3.0 auch keine Rechtswahlklausel mehr. Dies wird von der Creative-Commons-Organisation hauptsächlich mit einer Steigerung der

---

<sup>1229</sup> Vgl. zu dieser Problematik im Schweizer Recht vorne 140.

<sup>1230</sup> LOREN, 319 ff.

Nutzerfreundlichkeit und der weltweiten Durchsetzbarkeit der Creative-Commons-Lizenzen begründet<sup>1231</sup>. Im Folgenden wird deshalb untersucht, wie sich der Gerichtsstand und das anwendbare Recht bei Fehlen sowohl einer Rechtswahl- als auch einer Gerichtsstandsklausel bestimmen lassen.

### **10.3. Binnensachverhalt**

#### **10.3.1. Gerichtsstand**

Bei Vorliegen eines nationalen Sachverhalts richtet sich die Zuständigkeit nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>1232</sup>. Zu unterscheiden ist, ob es sich bei den geltend gemachten Ansprüchen um solche vertragsrechtlicher oder immaterialgüterrechtlicher Natur handelt<sup>1233</sup>. Bei letzteren wird zudem zwischen der Zuständigkeit für Bestandes- und jener für Verletzungsklagen unterschieden<sup>1234</sup>.

##### **10.3.1.1. Vertragsrechtliche Zuständigkeit**

###### **10.3.1.1.1. Grundsatz**

Nach Art. 31 ZPO sind für Klagen aus Vertrag die Gerichte am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei zuständig. Daneben besteht gemäss dieser Bestimmung ein zusätzlicher Gerichtsstand am Ort, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist. Art. 31 ZPO ist auf sämtliche Verträge anwendbar, sofern es sich dabei nicht um einen in den Art. 32–34 ZPO genannten speziellen Vertragstyp handelt<sup>1235</sup>. Von den in diesen Bestimmungen geregelten Verträgen kann im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung insbesondere die Zuständigkeitsregelung für Konsumentenverträge von Bedeutung sein<sup>1236</sup>. In den übrigen Fällen richtet sich die Zuständigkeit für vertragliche Ansprüche gestützt auf eine Creative-Commons-Lizenz nach Art. 31 ZPO. Neben dem Gericht am Wohnsitz der beklagten Creative-Commons-Partei besteht somit alternativ<sup>1237</sup> auch eine Zuständigkeit am Erfüllungsort der

---

<sup>1231</sup> [http://wiki.creativecommons.org/4.0/license\\_subject\\_matter#Proposals\\_regarding\\_how\\_the\\_licenses\\_operate\\_with\\_respect\\_to\\_applicable\\_law](http://wiki.creativecommons.org/4.0/license_subject_matter#Proposals_regarding_how_the_licenses_operate_with_respect_to_applicable_law).

<sup>1232</sup> Art. 2 ZPO e contrario; SUTTER-SOMM/SEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 3 zu Art. 2.

<sup>1233</sup> Zur Frage der Anspruchskonkurrenz vgl. I. MEIER, sic! 2001, 380 f.

<sup>1234</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 394 ff.

<sup>1235</sup> BSK ZPO-KAISER JOB, N 2 zu Art. 31; SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 12 zu Art. 31; LAMBELET, in: Baker & McKenzie, N 6 zu Art. 31; SCHWANDER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 5 zu Art. 31.

<sup>1236</sup> Vgl. sogleich 201 ff.

<sup>1237</sup> BSK LugÜ-KAISER JOB, N 1 zu Art. 31; LAMBELET, in: Baker & McKenzie, N 5 zu Art. 31; SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 19 zu Art. 31; SCHWANDER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 5 zu Art. 31.

charakteristischen Leistung. Der Begriff der charakteristischen Leistung ist im Anwendungsbereich der ZPO gleich zu verstehen wie im internationalen Privatrecht<sup>1238</sup>. Als charakteristisch gilt somit jene Leistung, die wirtschaftlich, soziologisch und funktionell im Vordergrund steht und den Vertragstyp in wirtschaftlicher Hinsicht prägt<sup>1239</sup>. Bei Gebrauchsüberlassungsverträgen, zu denen der herkömmliche Lizenzvertrag im Zusammenhang mit Art. 31 ZPO zu zählen ist, gilt die Leistung derjenigen Partei als charakteristisch, die eine Sache oder ein Recht zum Gebrauch überlässt<sup>1240</sup>. Da auch mittels einer Creative-Commons-Lizenz Rechte zum Gebrauch überlassen werden, hat bei der Creative-Commons-Lizenzierung ebenfalls die Leistung des Lizenzgebers als die den Vertragstyp prägende Leistung zu gelten. Zwar treffen den Lizenznehmer durchaus Pflichten, die unter Umständen als prägend für das betreffende Vertragsverhältnis angesehen werden könnten<sup>1241</sup>. Bei diesen Pflichten handelt es sich aber nicht um selbständige Leistungen, die der Lizenznehmer erbringen muss und die selbständig einklagbar sind, sondern vielmehr um Bedingungen i.S.v. Art. 154 OR<sup>1242</sup>. Zudem gelten diese Pflichten, wie z.B. die Pflicht zur Weitergabe einer Bearbeitung des Lizenzgegenstandes unter den gleichen Bedingungen, unter denen bereits der Lizenzgegenstand verbreitet wurde, nicht umfassend, sondern nur dann, wenn es zu einer Bearbeitung (mit anschliessender Verbreitung) kommt<sup>1243</sup>. Aus diesem Grund haben nicht die Pflichten des Lizenznehmers, sondern vielmehr die Pflicht des Lizenzgebers, auf die Geltendmachung seines Ausschliesslichkeitsrechts zu verzichten, als charakteristische Leistung zu gelten<sup>1244</sup>.

Der Erfüllungsort einer Leistung bestimmt sich im Schweizer Recht nach Art. 74 Abs. 2 OR<sup>1245</sup>. Danach liegt der Erfüllungsort für Leistungen, die weder die Bezahlung einer Geldschuld noch die Übergabe einer bestimmten Sache zum Gegenstand haben, am Wohnsitz des Schuldners. Somit besteht neben der allgemeinen Zuständigkeit am Wohnsitz oder Sitz der

<sup>1238</sup> LAMBELET, in: Baker & McKenzie, N 11 zu Art. 31; BSK IPRG-KAISER JOB, N 9 zu Art. 31; SCHWANDER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 11 zu Art. 31; WIDMER/LEIS, 371.

<sup>1239</sup> ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 27 zu Art. 117 m.w.N.; BSK ZPO-KAISER JOB, N 11 zu Art. 31; SCHWANDER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 11 zu Art. 31.

<sup>1240</sup> Vgl. BSK IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, N 27 zu Art. 117; LAMBELET, in: Baker & McKenzie, N 15 zu Art. 31; WIDMER/LEIS, 371.

<sup>1241</sup> So könnte die Pflicht, Bearbeitungen des Lizenzgegenstandes unter denselben Bedingungen weiterzugeben, unter denen der Lizenzgegenstand verbreitet wurde, als prägend für das entsprechende Vertragsverhältnis angesehen werden, vgl. MANKOWSKI, 60 f.

<sup>1242</sup> Vgl. vorne 183.

<sup>1243</sup> So zum deutschen Recht ROSENKRANZ, 213.

<sup>1244</sup> So zum deutschen Recht ROSENKRANZ, 213.

<sup>1245</sup> Botschaft ZPO, 7268; SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 32 zu Art. 31; BSK ZPO-KAISER JOB, N 18 zu Art. 31.

beklagten Partei wahlweise auch eine Zuständigkeit am Wohnsitz des Lizenzgebers als Schuldner der charakteristischen Leistung.

#### 10.3.1.1.2. Konsumentenstreitigkeit

Fraglich ist, ob die Creative-Commons-Lizenzen als Konsumentenverträge i.S.v. Art. 32 ZPO gelten können<sup>1246</sup>. Gemäss Art. 32 Abs. 2 ZPO ist ein Vertrag als Konsumentenvertrag zu qualifizieren, wenn Gegenstand dieses Vertrags „Leistungen des üblichen Verbrauchs“ sind, „die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden“. Da die Regelung in Art. 32 ZPO unverändert aus Art. 22 GestG übernommen wurde<sup>1247</sup>, können Lehre und Rechtsprechung zur früheren Regelung für die Auslegung herangezogen werden. Nach Rechtsprechung und h.L. ist Art. 32 ZPO eng auszulegen<sup>1248</sup>. Von vornherein keine Konsumentenverträge sind im Geltungsbereich der ZPO Verträge zwischen zwei oder mehreren Konsumenten<sup>1249</sup>, was bei der Creative-Commons-Lizenzierung der Regelfall sein dürfte.

Als Anbieter gilt jene Vertragspartei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat<sup>1250</sup>, im Falle der Creative-Commons-Lizenzierung somit der Lizenzgeber<sup>1251</sup>. Aufgrund der Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung stellt sich allerdings die Frage, ob die Tätigkeit eines Creative-Commons-Lizenzgebers überhaupt eine gewerbliche Tätigkeit<sup>1252</sup> i.S.v. Art. 32 Abs. 2 ZPO darstellt. Grundsätzlich gilt die Leistungserbringung aufgrund unentgeltlicher Verträge nicht als gewerbliche Tätigkeit i.S.d. vorgenannten Bestimmung<sup>1253</sup>. Streitigkeiten aus unentgeltlichen Verträgen können jedoch dann ausnahmsweise unter Art. 32 ZPO fallen, wenn der Anbieter regelmässig unentgeltliche Leistungen im Rahmen seiner gewerblichen

---

<sup>1246</sup> Ob ein Konsumentenvertrag vorliegt, entscheidet das Gericht im Einzelfall, vgl. BGE 132 III 268, E. 2.2.3.

<sup>1247</sup> BSK ZPO-KAISER JOB, N 1 zu Art. 32; LAMBELET, in: Baker & McKenzie, N 1 zu Art. 32; BRUNNER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 8 zu Art. 32.

<sup>1248</sup> Botschaft ZPO, 7268; BSK ZPO-KAISER JOB, N 3 zu Art. 32; FELLER/BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 4 zu Art. 32; BRUNNER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 8 zu Art. 32; BGE 132 III 268, E. 2.2.2.

<sup>1249</sup> BSK ZPO-KAISER JOB, N 4 zu Art. 32; FELLER/BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 23 zu Art. 32; GROSS, 106.

<sup>1250</sup> BGE 121 III 336, E. 5e/dd; WALTHER, in: Kellerhals/von Werdt/Güntherich, N 23 zu Art. 22; FELLER/BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 21 zu Art. 32.

<sup>1251</sup> Vgl. vorne 200.

<sup>1252</sup> Der Unterscheidung zwischen beruflicher und gewerblicher Tätigkeit kommt keine Bedeutung zu, FELLER/BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 22 zu Art. 32.

<sup>1253</sup> BSK ZPO-KAISER JOB, N 4 zu Art. 32; FELLER/BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 24 zu Art. 32; GROSS, in: Müller/Wirth, N 102 zu Art. 22; WALTHER, in: Kellerhals/von Werdt/Güntherich, N 22 zu Art. 22; BRUNNER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 17 zu Art. 32.

Tätigkeit erbringt<sup>1254</sup>. Es gilt somit im Einzelfall anhand des konkreten Creative-Commons-Vertragsverhältnisses zu prüfen, ob der Lizenzgeber im betreffenden Fall als gewerbsmässig handelnder Anbieter i.S.v. Art. 32 ZPO zu qualifizieren ist. Wird das Vorliegen eines Konsumentenvertrags bejaht, was wohl selten der Fall sein dürfte, sind für Klagen des Konsumenten sowohl die Gerichte am Wohnsitz des Lizenznehmers als auch jene am Wohnsitz oder Sitz des Lizenzgebers zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO). Klagt hingegen der Lizenzgeber, ist die Zuständigkeit auf die Gerichte am Wohnsitz des Lizenznehmers beschränkt (Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO).

#### 10.3.1.2. Immaterialgüterrechtliche Zuständigkeit

Die ZPO kennt wie zuvor das GestG keine besonderen Bestimmungen zum Gerichtsstand bei immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten. Die Zuständigkeit bestimmt sich somit aufgrund der allgemeinen Regelungen in Art. 10 ff. ZPO sowie aufgrund der Normen über die Zuständigkeit für Klagen aus unerlaubter Handlung nach Art. 36 ff. ZPO<sup>1255</sup>.

##### 10.3.1.2.1. Bestandesklagen

Da die ZPO für die Beurteilung von Bestandesklagen keinen besonderen Gerichtsstand vorsieht, ist nach der h.L. das Gericht am allgemeinen Gerichtsstand von Art. 10 ZPO zuständig<sup>1256</sup>. Die Creative-Commons-Parteien können eine Bestandesklage somit am jeweiligen Wohnsitz (Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO) oder Sitz (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO) der anderen Partei bzw. subsidiär am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Beklagten (Art. 11 Abs. 1 ZPO) erheben.

##### 10.3.1.2.2. Verletzungsklagen

Die Zuständigkeit für immaterialgüterrechtliche Verletzungsklagen richtet sich nach den Zuständigkeitsbestimmungen über die unerlaubte Handlung nach Art. 36 ff. ZPO<sup>1257</sup>. Am Gerichtsort der Verletzungsklage können (wie bereits unter der Geltung des GestG) sämtliche Leistungsklagen des Rechteinhabers erhoben werden, so auch die Klage auf Schadenersatz und/oder Urteils publikation<sup>1258</sup>. Ebenfalls unter Art. 36 ZPO fällt die Klage auf Gewinnher-

---

<sup>1254</sup> GROSS, 106; FELLER/BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 24 zu Art. 32.

<sup>1255</sup> Vgl. WIDMER/LEIS, 364.

<sup>1256</sup> HILTY, Urheberrecht, N 408; WIDMER/LEIS, 364; REHBINDER/VIGANÒ, N 1 zu Art. 64; a.M. I. Meier, sic! 2001, 378 f., der sowohl für die positive als auch für die negative Feststellungsklage einen Gerichtsstand am Ort der unerlaubten Handlung bejaht.

<sup>1257</sup> BSK ZPO-Hempel, N 7 zu Art. 36; SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 12 zu Art. 36; FURRER, in: Baker & McKenzie, N 3 zu Art. 36; WIDMER/LEIS, 366.

<sup>1258</sup> BSK ZPO-Hempel, N 10 zu Art. 36; WIDMER/LEIS, 366.



ausgabe<sup>1259</sup> sowie Klagen gestützt auf Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, denen eine unerlaubte Handlung zugrunde liegt<sup>1260</sup>.

Gemäss Art. 36 ZPO, der unverändert aus Art. 25 GestG übernommen wurde<sup>1261</sup>, sind für Klagen aus unerlaubter Handlung wahlweise die Gerichte am Wohnsitz bzw. Sitz der geschädigten oder der beklagten Partei sowie des Handlungs- oder des Erfolgsortes zuständig. Als Handlungsort gilt der Ort, an dem das schadensbegründende Ereignis ausgelöst wurde<sup>1262</sup>. Der Erfolgsort liegt dort, wo das schädigende Ereignis eingetreten ist, also an jenem Ort, wo das unmittelbar betroffene Rechtsgut verletzt worden ist<sup>1263</sup>.

Im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung stellt sich insbesondere die Frage nach der Bestimmung des Handlungs- und Erfolgsortes bei Verletzungshandlungen im Internet<sup>1264</sup>. Betreffend den Handlungsort gehen h.L. und Rechtsprechung davon aus, dass sich dieser an dem Ort befindet, von wo aus die Daten ins Internet eingespielen werden<sup>1265</sup>. Besteht die unerlaubte Handlung in einer Unterlassung, wird der Handlungsort dort lokalisiert, wo die Handlung hätte vorgenommen werden müssen<sup>1266</sup>. Bezüglich des Erfolgsortes nimmt die h.L. grundsätzlich überall dort einen Gerichtsstand an, wo der betreffende Inhalt abgerufen werden kann<sup>1267</sup>, mindestens aber dort, wo die Website bestimmungsgemäss abrufbar ist<sup>1268</sup>. Dies würde in den meisten Fällen zu einer schweizweiten Zuständigkeit für Verletzungshandlungen führen<sup>1269</sup>, womit der Creative-Commons-Lizenzgeber an sämtlichen Schweizer Gerichten eine Verletzungsklage erheben könnte. Zum Teil wird im Sinne einer Einschränkung aller-

---

<sup>1259</sup> BSK ZPO-HEMPEL, N 10 zu Art. 36 m.w.N.

<sup>1260</sup> WIDMER/LEIS, 366.

<sup>1261</sup> SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 1 zu Art. 36.

<sup>1262</sup> BSK ZPO-HEMPEL, N 22 zu Art. 36; SCHMID/WEBER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 18 zu Art. 36; SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 32 zu Art. 36; FURRER, in: Baker & McKenzie, N 10 zu Art. 36.

<sup>1263</sup> BGE 113 II 476, E. 3a; BGer. 4C.98/2003 vom 15.06.2004, E. 2.2; BGer. 4C.40/2007 vom 24.04.2007, E. 7.4.1; BSK ZPO-HEMPEL, N 23 zu Art. 36; SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 33 zu Art. 36; FURRER, in: Baker & McKenzie, N 11 zu Art. 36.

<sup>1264</sup> Näheres hinten 214.

<sup>1265</sup> BGer. 8G.43/1999 vom 11.08.1999, E. 2a, sic! 1999, 636; ROSENTHAL, AJP 1997, 1342; SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 35 zu Art. 36; FURRER, in: Baker & McKenzie, N 10 zu Art. 36; ROMERIO, in: Müller/Wirth, N 71 zu Art. 25; SCHMID/WEBER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 19 zu Art. 36; WIDMER/LEIS, 367; BSK ZPO-HEMPEL, N 22 zu Art. 36, der Autor bejaht überdies eine Zuständigkeit am Ort des Service-Providers des Beklagten.

<sup>1266</sup> BGE 113 II 476, E. 3b; ZK-SCHÖNBERGER/JÄGGI, N 37 zu Allgemeine Einleitung IPR; WIDMER/LEIS, 367.

<sup>1267</sup> SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 36 zu Art. 36; FURRER, in: Baker & McKenzie, N 12 zu Art. 36; ROMERIO, in: Müller/Wirth, N 84 zu Art. 25 GestG.

<sup>1268</sup> WIDMER/LEIS, 368 m.w.N.; vgl. auch I. MEIER, sic! 2001, 380; zu den Kriterien der „bestimmungsgemässen Abrufbarkeit“ vgl. hinten 215.

<sup>1269</sup> WIDMER/LEIS, 368.

dings gefordert, dass ein Erfolgsort nur dort bejaht werden sollte, wo sich die Verletzungshandlung effektiv auswirkt<sup>1270</sup>.

#### 10.3.1.3. Subjektive Klagehäufung, vorsorgliche Massnahmen

Da Creative-Commons-lizenzierte Werke nicht selten von mehreren Lizenznehmern bearbeitet und weiterlizenziert werden, kann es durchaus zu Fällen kommen, in denen ein Lizenzgeber mehrere Lizenznehmer zusammen zur Rechenschaft ziehen will. Vorausgesetzt wird dabei das Vorliegen einer notwendigen oder einfachen Streitgenossenschaft<sup>1271</sup>. Ob eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, entscheidet sich nach dem materiellen Recht<sup>1272</sup>. Für das Bestehen einer einfachen Streitgenossenschaft setzt Art. 71 ZPO voraus, dass die Ansprüche auf gleichartigen Tatsachen und Rechtsgründen beruhen und für die einzelnen Klagen die gleiche Verfahrensart anwendbar ist sowie die gleiche sachliche Zuständigkeit besteht<sup>1273</sup>. Liegt eine – notwendige oder einfache – Streitgenossenschaft vor, ist gemäss Art. 15 Abs. 1 ZPO eine Zuständigkeit für sämtliche Streitgenossen an all jenen Orten gegeben, an denen eine Zuständigkeit für einen der Beklagten besteht<sup>1274</sup>.

Für vorsorgliche Massnahmen sieht Art. 13 ZPO schliesslich einen Gerichtsstand sowohl am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist, als auch dort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, vor. Es handelt sich dabei um einen alternativ zwingenden Gerichtsstand<sup>1275</sup>, der jedoch nur solange gilt, als dass das Gesetz nichts anderes bestimmt<sup>1276</sup>. Da im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung keine Art. 13 ZPO vorgehenden Zuständigkeitsregeln bezüglich vorsorglicher Massnahmen bestehen, kann der Creative-Commons-Lizenzgeber somit an sämtlichen Gerichtsständen der Schweiz vorsorgliche Massnahmen gegen den sein Urheberrecht verletzenden Lizenznehmer verlangen, zumal ihm ein Hauptsachegerichtsstand am Erfolgsort zusteht und bei der Werkverbreitung im Internet

---

<sup>1270</sup> BSK ZPO-HEMPEL, N 23 zu Art. 36; vgl. hinten 215.

<sup>1271</sup> SCHENKER, in: Baker & McKenzie, N 4 ff. zu Art. 15; SUTTER-SOMM/KLINGLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 4 ff. zu Art. 15.

<sup>1272</sup> SUTTER-SOMM/KLINGLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 5 zu Art. 15.

<sup>1273</sup> SUTTER-SOMM/KLINGLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 8 f. zu Art. 15. Eingehend zu der Voraussetzung der Gleichartigkeit von Tatsachen oder Rechtsgründen STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 4 ff. zu Art. 71.

<sup>1274</sup> Siehe Näheres bei SUTTER-SOMM/KLINGLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 11 zu Art. 15.

<sup>1275</sup> ZÜRCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander, N 4 zu Art. 13; TREIS, in: Baker & McKenzie, N 7 zu Art. 13; SUTTER-SOMM/KLINGLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 15 zu Art. 13.

<sup>1276</sup> SUTTER-SOMM/KLINGLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 15 zu Art. 13; BSK ZPO-BERTI, N 6 und 8 ff. zu Art. 13.

nach h.L. und Rechtsprechung ein Erfolgsort überall dort gegeben ist, wo der schutzrechtsverletzende Inhalt abgerufen werden kann<sup>1277</sup>.

### **10.3.2. Anwendbares Recht**

Liegt ein reiner Binnensachverhalt vor, unterstehen sämtliche Rechtsfragen betreffend die Creative-Commons-Lizenzen ohne Weiteres dem Schweizer URG und dem übrigen Schweizer Recht.

## **10.4. Internationales Verhältnis<sup>1278</sup>**

### **10.4.1. Gerichtsstand**

#### **10.4.1.1. Allgemeines**

Die internationale Zuständigkeit wird durch das Kollisionsrecht am Ort des Forums bestimmt<sup>1279</sup>. Einschlägige kollisionsrechtliche Regeln für die Schweiz lassen sich auf staatsvertraglicher Ebene im Lugano-Übereinkommen (LugÜ) finden, das die internationale Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten der EU und der EFTA regelt<sup>1280</sup>. Das Lugano-Übereinkommen wurde als Parallelübereinkommen zum EuGVÜ ausgestaltet<sup>1281</sup>. Die Revision dieses Übereinkommens, die mit der EG-Verordnung Nr. 44/2001 (EuGVVO) inkorporiert wurde, machte eine Anpassung des LugÜ nötig, um die gewünschte Parallelität aufrechtzuerhalten<sup>1282</sup>. Das revidierte LugÜ trat für die Schweiz am 01.01.2012 in Kraft. Durch das Protokoll Nr. 2 aLugÜ verpflichteten sich die LugÜ-Vertragsstaaten, bei der Anwendung und Auslegung des LugÜ die Rechtsprechung des EuGH zu beachten<sup>1283</sup>.

---

<sup>1277</sup> Vgl. vorne 215.

<sup>1278</sup> Die Definition des „internationalen Verhältnisses“ ist lediglich als negative Umschreibung in dem Sinne klar, dass es sich um keinen reinen Inlandssachverhalt handeln darf, SIEHR, IPRG, 5. Die Beurteilung, ob ein internationales Verhältnis i.S.v. Art. 1 Abs. 1 IPRG vorliegt, ist im Einzelfall anhand der betreffenden Rechtsfrage unter Berücksichtigung der betroffenen Normen des IPRG vorzunehmen, SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 4.

<sup>1279</sup> HILTY, Urheberrecht, N 444.

<sup>1280</sup> Vgl. Art. 69 LugÜ. Neu können allerdings gemäss Art. 70 LugÜ nach dem sog. Prinzip der Halboffenheit auch aussereuropäische Staaten dem LugÜ beitreten, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, BSK LugÜ-OETIKER/WEIBEL, N 44 zu Einl. m.w.N.

<sup>1281</sup> I. MEIER, IPR, 14; BSK LugÜ-OETIKER/WEIBEL, N 10 und 12 zu Einl.

<sup>1282</sup> Botschaft LugÜ 2009, 1778 und 1783; I. MEIER, IPR, 14; BSK LugÜ-OETIKER/WEIBEL, N 26 zu Einl.

<sup>1283</sup> BSK LugÜ-OETIKER/WEIBEL, N 56 zu Einl.

Das LugÜ kommt bei Vorliegen eines internationalen Verhältnisses immer dann zur Anwendung, wenn ein relevanter Anknüpfungspunkt zu einem Vertragsstaat gegeben ist<sup>1284</sup>. Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des LugÜ ist deshalb für jede Vorschrift gesondert zu ermitteln<sup>1285</sup>. Der allgemeine Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des LugÜ ist nach Art. 2 Ziff. 1 LugÜ der Wohnsitz des Beklagten in einem Vertragsstaat<sup>1286</sup>. In den Fällen, in denen das LugÜ nur die internationale Zuständigkeit regelt, ist die örtliche Zuständigkeit dem IPRG zu entnehmen<sup>1287</sup>. Zur Bestimmung der Zuständigkeit ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ ist sodann das IPRG alleine massgebend<sup>1288</sup>. Je nachdem, ob sich der einzuklagende Anspruch auf den Creative-Commons-Vertrag oder auf eine Immaterialgüterrechtsverletzung stützt, sind die für vertragliche oder aber die für immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten zuständigen Gerichte zu ermitteln. Im letzteren Fall ist sodann zwischen der Zuständigkeit für Bestandesklagen einerseits und Verletzungsklagen andererseits zu unterscheiden<sup>1289</sup>.

#### 10.4.1.2. Vertragsrechtliche Zuständigkeit

##### 10.4.1.2.1. Grundsatz

Für Klagen aus Vertrag<sup>1290</sup> sind nach Art. 112 Abs. 1 IPRG die Gerichte am Wohnsitz<sup>1291</sup> des Beklagten zuständig. Verfügt der Beklagte über keinen Wohnsitz in der Schweiz, kann auch an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort<sup>1292</sup> geklagt werden. Überdies statuiert Art. 113 IPRG einen alternativen<sup>1293</sup> Gerichtsstand am Erfüllungsort der charakteristischen Leistung. Strittig ist, ob der Erfüllungsort nach der lex fori oder der lex causae zu bestimmt ist<sup>1294</sup>. Folgt man der Lehrmeinung, die von der Anwendbarkeit der lex fori ausgeht<sup>1295</sup>, bestimmt sich der Erfüllungsort nach Art. 74 OR, womit bei vertraglichen Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer Creative-Commons-Lizenz wahlweise auch eine Zuständigkeit am Wohnsitz bzw. Sitz des

---

<sup>1284</sup> BSK LugÜ-OETIKER/WEIBEL, N 12 zu Art. 1. Zur Abgrenzung des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von LugÜ und IPRG vgl. BSK IPRG-SCHNYDER/GROLIMUND, N 35 ff. zu Art. 1.

<sup>1285</sup> BSK LugÜ-OETIKER/WEIBEL, N 13 zu Art. 1.

<sup>1286</sup> Vgl. BSK LugÜ-DALLAFIOR/GÖTZ STAEHELIN, N 1 zu Art. 2.

<sup>1287</sup> BSK LugÜ-OETIKER/WEIBEL, N 87 zu Einl.

<sup>1288</sup> ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 1 zu Vor Art. 112-115.

<sup>1289</sup> Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, 1881 ff.

<sup>1290</sup> Zum Vertragsbegriff im IPRG vgl. ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 7 zu Art. 112.

<sup>1291</sup> Der Wohnsitz bestimmt sich nach Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG.

<sup>1292</sup> Der gewöhnliche Aufenthaltsort bestimmt sich nach Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG.

<sup>1293</sup> SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 1075.

<sup>1294</sup> ZK IPRG-KELLER/KOSTKIEWICZ, N 8 zu Art. 113.

<sup>1295</sup> So ZK IPRG-KELLER/KOSTKIEWICZ, N 9 ff. zu Art. 113; SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 1077.

Lizenzgebers besteht<sup>1296</sup>. Geht man hingegen von der Anwendbarkeit der *lex causae* aus<sup>1297</sup>, ist zuerst das auf die Sache anwendbare Recht zu bestimmen, bevor in einem zweiten Schritt der Erfüllungsort eruiert werden kann.

Das LugÜ erklärt in Art. 2 Ziff. 1 die Gerichte im Wohnsitzstaat des Beklagten als international zuständig. Daneben bestimmt Art. 5 Ziff. 1 lit. a LugÜ für vertragsrechtliche Streitigkeiten eine Zuständigkeit der Gerichte am Erfüllungsort, wobei als Voraussetzung gilt, dass der Erfüllungsort in einem vom Wohnsitzstaat des Beklagten verschiedenen LugÜ-Vertragsstaat liegt<sup>1298</sup>. Das LugÜ selbst enthält in Art. 5 Ziff. 1 lit. b Regeln zur Bestimmung des Erfüllungsortes für Kaufverträge über bewegliche Sachen sowie Dienstleistungsverträge. Der Begriff des „Dienstleistungsvertrags“ ist dabei vertragsautonom zu qualifizieren<sup>1299</sup>. Er umfasst sämtliche Verträge, deren Gegenstand im Tätigwerden einer Person gegen Entgelt besteht<sup>1300</sup>. Da sich der Lizenzgeber nicht zu einem Tätigwerden, sondern vielmehr zu einem Unterlassen verpflichtet, werden reine Nutzungsüberlassungsverträge wie der Lizenzvertrag nicht unter den Begriff der „Dienstleistungsverträge“ subsumiert<sup>1301</sup>. Da die Creative-Commons-Verträge als unentgeltliche Nutzungsüberlassungsverträge also nicht unter Art. 5 Ziff. 1 lit. b zweiter Spiegelstrich LugÜ fallen, bestimmt sich der Erfüllungsort nach den allgemeinen Regeln von Art. 5 Ziff. 1 lit. a LugÜ und somit nach denselben Regeln, die bereits vor Inkrafttreten des revidierten LugÜ zur Bestimmung des Erfüllungsortes angewendet wurden<sup>1302</sup>. Dazu ist nach der *lex causae*<sup>1303</sup> auf die konkrete streitige Leistung<sup>1304</sup> abzustellen<sup>1305</sup>.

Bezüglich der Klagemöglichkeit des Creative-Commons-Lizenznehmers auf Feststellung der Unterlassungspflicht des Lizenzgebers ist festzuhalten, dass der EuGH das Bestehen eines Gerichtsstandes nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ verneint, wenn eine Unterlassungspflicht wie beim

---

<sup>1296</sup> Vgl. vorne 200.

<sup>1297</sup> So WEBER, E-Commerce, 90; ACOCELLA, in: Schnyder, N 15 und N 74 zu Art. 5–Nr. 1 bis 3; BSK IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, N 13 zu Art. 113; BRANDENBERG BRANDL, 273; REISER, 42 FN 3; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 3. Kap. N 57; BGer. 4C.308/2002 vom 06.12.2002, E. 3.1; BGer. 4C.100/2000 vom 11.07.2000, E. 4d; BGE 124 III 188, E. 4a; BGE 122 III 43, E. 3a.

<sup>1298</sup> Art. 5 Satz 1 LugÜ.

<sup>1299</sup> OBERHAMMER, in: Dasser/Oberhammer, N 43 zu Art. 5 m.w.N.

<sup>1300</sup> EuGH 23.07.2009, Rs. C-533/07, Falco Privatstiftung und Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst, N 29; OBERHAMMER, in: Dasser/Oberhammer, N 47 zu Art. 5 m.w.N.

<sup>1301</sup> EuGH 23.07.2009, Rs. C-533/07, Falco Privatstiftung und Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst, N 31; OBERHAMMER, in: Dasser/Oberhammer, N 47 zu Art. 5.

<sup>1302</sup> Vgl. OBERHAMMER, in: Dasser/Oberhammer, N 27 zu Art. 5.

<sup>1303</sup> BGE 124 III 188, E. 4a; BGE 122 III 43, E. 3b; ZK IPRG-Keller/Kren Kostkiewicz, N 24 zu Art. 113.

<sup>1304</sup> Dies im Gegensatz zum Erfüllungsort im Geltungsbereich der ZPO und des IPRG, wo auf die charakteristische Leistung abgestellt wird, vgl. vorne 199 und 206.

<sup>1305</sup> EuGH 06.10.1976, Rs. 14/76, De Bloos/Bouyer, N 15/17; BGE 124 III 188, E. 4a.

Vorliegen einer Creative-Commons-Lizenz nicht an einem bestimmten Ort, sondern „überall“ geschuldet ist<sup>1306</sup>. Über die Feststellungsklage des Lizenznehmers hinaus sind auch Klagen denkbar, die den durch die Creative-Commons-Lizenz nicht wegbedungenen Haftungsbereich betreffen. So kann ein Creative-Commons-Lizenznehmer gegen den Lizenzgeber gestützt auf eine absichtlich herbeigeführte Vertragsverletzung klagen. Bei der Geltendmachung von Sekundärpflichten wie Schadenersatzansprüchen wegen Verletzung vertraglicher Verpflichtungen ist zur Bestimmung des Gerichtsstandes auf den Erfüllungsort der verletzten Primärpflicht abzustellen<sup>1307</sup>. Es ist also konkret im Einzelfall zu prüfen, wo die verletzte Primärpflicht nach dem auf die Sache anwendbaren Recht zu erfüllen gewesen wäre.

#### 10.4.1.2.2. Konsumentenstreitigkeit

Ein Konsument kann seine Ansprüche aus einem Konsumentenvertrag gegen den Anbieter wahlweise an seinem eigenen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 114 Abs. 1 lit. a IPRG) oder am Wohnsitz bzw. Sitz des Anbieters (Art. 114 Abs. 1 lit. b 1. Halbs. IPRG) geltend machen. Hat der Anbieter keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz, ist die Klage auch an dessen gewöhnlichem Aufenthalt möglich (Art. 114 Abs. 1 lit. b 2. Halbs. IPRG). Für den Begriff des Konsumentenvertrags verweist Art. 114 Abs. 1 IPRG auf Art. 120 Abs. 1 IPRG. Danach wird ein Vertrag dann als Konsumentenvertrag qualifiziert, wenn er eine Leistung zum üblichen Verbrauch zum Gegenstand hat, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt ist und nicht im Zusammenhang mit seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit steht<sup>1308</sup>. Da der Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 IPRG anders als Art. 32 Abs. 1 ZPO nicht voraussetzt, dass der Anbieter seine Leistung im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit erfüllen muss, könnten theoretisch auch Verträge zwischen zwei (nicht gewerblich handelnden) Privatpersonen unter den Begriff des Konsumentenvertrags i.S.d. IPRG subsumiert werden<sup>1309</sup>. Dennoch geht die h.L. davon aus, dass im Sinne einer teleologischen Auslegung ein „strukturelles Ungleichgewicht“<sup>1310</sup> zwischen den Parteien bestehen muss, womit nur Verträge zwischen einem Konsumenten und einem gewerblich tätigen An-

---

<sup>1306</sup> Vgl. EuGH 19.02.2002, Rs. C-256/00, Besix SA/Alfred Kretzschmar, N 49 f.; OBERHAMMER, N 32 zu Art. 5.

<sup>1307</sup> OBERHAMMER, in: Dasser/Oberhammer, N 30 zu Art. 5 m.w.N.

<sup>1308</sup> Unter den Begriff „Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs“ werden dabei sämtliche obligationenrechtlichen Vertragstypen (inkl. Innominatkontrakte) zwischen Anbietern und Konsumenten subsumiert, ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 17 ff. zu Art. 120; BSK IPRG-BRUNNER, N 24 zu Art. 120.

<sup>1309</sup> ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 13 zu Art. 120.

<sup>1310</sup> BRUNNER, 599; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 13 zu Art. 120.

bieter unter Art. 120 IPRG fallen<sup>1311</sup>. Bei letzterem kann es sich sowohl um eine juristische als auch um eine natürliche Person handeln<sup>1312</sup>. Ob eine juristische Person im Rahmen von Art. 120 IPRG Verbraucher sein kann, ist unklar<sup>1313</sup>. Nach der hier vertretenen Ansicht kommen als Verbraucher i.S.d. IPRG grundsätzlich nur natürliche Personen in Betracht. Dafür sprechen einerseits eine einheitliche Auslegung des Verbraucherbegriffs im internationalen Verhältnis<sup>1314</sup>, andererseits die Schwierigkeit von juristischen Personen, sich als Verbraucher erkennbar zu machen<sup>1315</sup>. Eine Einschränkung der Verbrauchereigenschaft auf natürliche Personen entspricht schliesslich den Ausführungen in der Botschaft zum IPRG<sup>1316</sup>.

Als zusätzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmungen über den Konsumentenvertrag werden bestimmte Abschlussmodalitäten verlangt<sup>1317</sup>. So muss der Anbieter die Bestellung im Aufenthaltsstaat des Konsumenten entgegengenommen haben (Art. 120 Abs. 1 lit. a IPRG), oder der Konsument muss zumindest die zum Vertragsschluss erforderlichen Rechtshandlungen in seinem Aufenthaltsstaat, bei vorangehendem Angebot oder Werbung des Anbieters in eben diesem Staat, getätigt haben (Art. 120 Abs. 1 lit. b IPRG). Schliesslich reicht es für die Anwendbarkeit der Konsumentenvertragsbestimmungen aus, wenn der Anbieter den Konsumenten veranlasst hat, sich ins Ausland zu begeben und seine Bestellung dort abzugeben (Art. 120 Abs. 1 lit. c IPRG). Im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung kann unter Umständen Art. 120 Abs. 1 lit. b IPRG zur Anwendung kommen, wenn sich das Creative-Commons-Angebot eines im Ausland domizilierten Lizenzgebers an Schweizer Nutzer richtet. Art. 120 Abs. 1 lit. a IPRG ist hingegen deshalb nicht einschlägig, weil der Lizenzgeber keine Bestellung des Lizenznehmers entgegennimmt<sup>1318</sup>. Art. 120 Abs. 1 lit. c IPRG kommt im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung schliesslich ebenfalls keine relevante Bedeutung zu, weil sich der Lizenznehmer zum Vertragsschluss nicht ins Ausland begibt. Bezüglich Art. 120 Abs. 1 lit. b IPRG fragt sich, ob bereits das Unterhalten einer Website, die vom Ausland her zugänglich ist, als Angebot oder Werbung i.S.v. Art. 120 IPRG gilt<sup>1319</sup>. Auch wenn an die Zurechenbarkeit einer Werbung oder eines Angebots

---

<sup>1311</sup> Vgl. BSK IPRG-BRUNNER, N 4 ff. zu Art. 120; WEBER-STECHER, 48 f.; BRUNNER, 599; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 13 zu Art. 120.

<sup>1312</sup> WEBER-STECHER, 49; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 30 zu Art. 120.

<sup>1313</sup> Siehe hierzu ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 27 zu Art. 120.

<sup>1314</sup> Zum Begriff des Verbrauchers im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens vgl. hinten 211.

<sup>1315</sup> Vgl. WEBER, E-Commerce, 93, zu Art. 15 LugÜ.

<sup>1316</sup> Botschaft IPRG 1982, 414.

<sup>1317</sup> BSK IPRG-BRUNNER, N 27 ff. zu Art. 120.

<sup>1318</sup> Dazu, wann eine „Bestellung“ vorliegt und wann diese als „entgegengenommen“ gilt, siehe ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 34 zu Art. 120.

<sup>1319</sup> Zu dieser Problematik vgl. ARTER/JÖRG/GNOS, 287 ff.

zu einem bestimmten Markt keine hohen Anforderungen zu stellen sind<sup>1320</sup>, geht ein Teil der Lehre m.E. richtigerweise nur dann von einem Angebot i.S.v. Art. 120 Abs. 1 lit. b IPRG aus, wenn die Angebotstätigkeit einen gewissen Bezug zum betreffenden Markt aufweist<sup>1321, 1322</sup>.

Art. 15 Ziff. 1 LugÜ erklärt die Bestimmungen des Abschnitts über die Zuständigkeit bei Verbrauchersachen dann als anwendbar, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag, den ein Verbraucher zu einem Zweck geschlossen hat, der weder seiner beruflichen noch gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, Gegenstand des Verfahrens bilden. Zusätzlich fordert Art. 15 Ziff. 1 lit. c LugÜ, der zur Anwendung kommt, wenn kein Vertrag gemäss lit. a oder b derselben Bestimmung vorliegt, dass der Anbieter seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit im Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausübt oder seine Tätigkeit (auch) auf diesen Staat ausrichtet. Zudem muss der Vertrag in den Bereich der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit fallen. Im Gegensatz zur früheren Regelung in Art. 13 Ziff. 3 aLugÜ beschränkt das neue Recht die Anwendbarkeit der Verbraucherbestimmungen in Art. 15 Ziff. 1 lit. c LugÜ nicht auf die Erbringung von Dienstleistungen oder die Lieferung von beweglichen Sachen, sondern umfasst neu sämtliche Verträge, unabhängig vom Vertragsgegenstand<sup>1323</sup>. Somit können nun auch Verträge über Immaterialgüterrechte grds. unter den Begriff der Verbrauchersachen gemäss Art. 15 ff. LugÜ fallen<sup>1324</sup>.

Nach der Rechtsprechung des EugH ist der Begriff des Verbrauchervertrags autonom auszulegen<sup>1325</sup>. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>1326</sup> erklärte das Bundesgericht, der Begriff des Verbrauchervertrags sei eng auszulegen und es sei nach der Stellung der Person innerhalb des konkreten Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung der Natur und der

---

<sup>1320</sup> Vgl. VISCHER/HUBER/OSER, N 744; WEBER-STECHER, 147 f.; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 38 zu Art. 120.

<sup>1321</sup> So ARTER/JÖRG/GNOS, 289; STÄHELI, 617; CEREGETTI, 5 f.

<sup>1322</sup> Zu den Kriterien zur Bestimmung eines genügenden Bezugs eines Angebots oder einer Werbung zu einem bestimmten Markt vgl. ARTER/JÖRG/GNOS, 289 f.

<sup>1323</sup> Botschaft LugÜ 2009, 1792 ff.; DALLAFIOR/GÖTZ STAEHELIN, 109.

<sup>1324</sup> FURRER/GLARNER, in: Dasser/Oberhammer, N 13 zu Art. 15; BSK LugÜ-GEHRI, N 62 zu Art. 15; GEIMER/SCHÜTZE, N 43 zu Art. 15.

<sup>1325</sup> EuGH 19.01.1993, Rs C-89/91, Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, N 13; GEIMER/SCHÜTZE, N 17 zu Art. 15 m.w.N.

<sup>1326</sup> So etwa EuGH 20.01.2005, Rs C-27/02, Petra Engler/Janus Versand GmbH, N 43; EuGH 19.01.1993, Rs C-89/91, Shearson Lehmann Hutton Inc./TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, N 14 ff.



Zielsetzung des betreffenden Vertrages zu entscheiden, ob einer Person Verbrauchereigenschaft zukomme<sup>1327</sup>.

Unklar ist, ob auch nach der Revision von Art. 13 aLugÜ (neu Art. 15 LugÜ) lediglich synallagmatische Verträge unter den Begriff des Vertrags fallen<sup>1328</sup>. Wird diese Frage bejaht, können Creative-Commons-Lizenzen als unentgeltliche Verträge von vornherein nicht unter Art. 15 ff. LugÜ subsumiert werden<sup>1329</sup>.

Als Verbraucher i.S.v. Art. 15 LugÜ kommen nur natürliche Personen in Betracht<sup>1330</sup>. Vertragspartner kann hingegen auch eine juristische Person sein. Ausschlaggebend ist lediglich, dass sie im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt<sup>1331</sup>.

Schliesslich ist strittig, ob Art. 15 ff. LugÜ auch dann zur Anwendung gelangen, wenn die Verbrauchereigenschaft auf beiden Seiten erfüllt ist. Während ein Teil der Lehre die Anwendbarkeit der Art. 15 ff. LugÜ in solchen Konstellationen aufgrund einer fehlenden Schutzwürdigkeit verneint<sup>1332</sup>, erachtet eine andere Lehrmeinung lediglich das Kriterium der privaten Endverwertung als ausschlaggebend<sup>1333</sup>.

Noch nicht geklärt ist zudem, wann eine Tätigkeit i.S.v. Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ als auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet zu qualifizieren ist<sup>1334</sup>. Insbesondere im Bereich des Internets wird diese Formulierung als zu weitgehend kritisiert<sup>1335</sup>. Wie bei dem im Zusammenhang mit Art. 120 IPRG geforderten Bezug eines Angebots zu einem bestimmten

---

<sup>1327</sup> FURRER/GLARNER, in: Dasser/Oberhammer, N 17 zu Art. 15, unter Hinweis auf BGE 133 III 295, E. 7.2; FELLER/BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 8 zu Art. 32; BSK LugÜ-GEHRI, N 19 zu Art. 15.

<sup>1328</sup> Bejahend (für Art. 15 EuGVVO) GEIMER/SCHÜTZE, N 5 zu Art. 15 unter Berufung auf EuGH 20.01.2005, Rs C-27/02, Petra Engler/Janus Versand GmbH, N 36; verneinend FURRER/GLARNER, in: Dasser/Oberhammer, N 32 zu Art. 15; PICHONNAZ, 25 ff.

<sup>1329</sup> Vgl. GEIMER/SCHÜTZE, N 25 zu Art. 15; zur Frage des Vorliegens eines Synallagmas vgl. vorne 143.

<sup>1330</sup> BSK LugÜ-GEHRI, N 14 zu Art. 15; FURRER/GLARNER, in: Dasser/Oberhammer, N 16 zu Art. 15; GEIMER/SCHÜTZE, N 18 zu Art. 15.

<sup>1331</sup> BSK LugÜ-GEHRI, N 18 zu Art. 15.

<sup>1332</sup> FURRER/GLARNER, in: Dasser/Oberhammer, N 32 zu Art. 15.

<sup>1333</sup> BSK LugÜ-GEHRI, N 29 zu Art. 15.

<sup>1334</sup> DALLAFIOR/GÖTZ STAEHELIN, 110.

<sup>1335</sup> DALLAFIOR/GÖTZ STAEHELIN, 109; KROPHOLLER/VON HEIN, N 24 zu Art. 15.

Markt kann es wohl auch im Anwendungsbereich des LugÜ nicht genügen, dass eine Website weltweit zum Abruf zur Verfügung steht<sup>1336</sup>.

Ob einer Partei eines Creative-Commons-Vertrags überhaupt Verbrauchereigenschaft i.S.v. Art. 15 Abs. 1 LugÜ zukommen kann, ist aufgrund der Unentgeltlichkeit des Vertrages und der vom EuGH statuierten engen Auslegung des Begriffs des Verbrauchervertrags zumindest fraglich. Falls eine Creative-Commons-Lizenz im Einzelfall doch als Verbrauchersache i.S.v. Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ qualifiziert werden kann, besteht für die Klage des Verbrauchers in jenen Fällen eine Zuständigkeit sowohl der Gerichte des Wohnsitzstaates des Anbieters als auch der Gerichte am Wohnsitz des Verbrauchers, in denen die Ausrichtung des Angebots auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers bejaht wird. Für die Klage des Anbieters sind in diesem Fall hingegen nur die Gerichte des Wohnsitzstaates des Verbrauchers zuständig.

#### 10.4.1.3. Immaterialgüterrechtliche Zuständigkeit

##### 10.4.1.3.1. Bestandesklagen

Im Anwendungsbereich des IPRG wird die Zuständigkeit für immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten in Art. 109 geregelt. Die Zuständigkeit richtet sich dabei nach Art. 109 Abs. 1 Satz 1 IPRG, der für Bestandesklagen die Gerichte am Wohnsitz des Beklagten für zuständig erklärt. Umstritten ist, wie die Zuständigkeit bei Fehlen eines Wohnsitzes des Beklagten in der Schweiz zu bestimmen ist. Während die eine Lehrmeinung von der Zuständigkeit der Gerichte am Ort der Registerbehörde ausgeht<sup>1337</sup>, bejaht die andere einen Gerichtsstand am Handlungs- und Erfolgsort<sup>1338</sup>.

Der ausschliessliche Gerichtsstand von Art. 22 Ziff. 4 LugÜ bezieht sich nur auf Registerrechte, womit er im Urheberrecht keine Anwendung findet<sup>1339</sup>. Der Gerichtsstand bestimmt sich hier vielmehr nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 2 ff. LugÜ<sup>1340</sup>. Will ein Kläger also mittels einer negativen Feststellungsklage feststellen lassen, dass dem Beklagten, der

---

<sup>1336</sup> Siehe hierzu SCHNYDER, in: Schnyder, N 21; BSK LugÜ-GEHRI, N 69 zu Art. 15; FURRER/GLARNER, in: Dasser/Oberhammer, N 65 zu Art. 15. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission, wonach „[...] die Zugänglichkeit einer Website allein nicht ausreicht, um die Anwendbarkeit von Artikel 15 zu begründen; vielmehr ist erforderlich, dass diese Website auch zum Vertragsabschluss im Fernabsatz auffordert, und dass tatsächlich ein Vertragsschluss im Fernabsatz erfolgt ist, mit welchen Mitteln auch immer. [...]“, IPRax 2001, 261.

<sup>1337</sup> Vgl. de lege ferenda A. TROLLER, IPR im Urheberrecht, 259.

<sup>1338</sup> In der alten Fassung des Art. 109 IPRG noch „[...] Ort [...], wo der Schutz beansprucht wird“, ZK IPRG-VISCHER, N 16 zu Art. 109.

<sup>1339</sup> Vgl. BSK LugÜ-GÜNGERICH, N 54 zu Art. 22.

<sup>1340</sup> BSK IPRG-JEGHER, N 55 zu Art. 109.

das Bestehen einer Creative-Commons-Lizenz behauptet, in Tat und Wahrheit gar kein Ausschliesslichkeitsrecht in Bezug auf den vermeintlichen Lizenzgegenstand zukommt, sind dafür gemäss Art. 2 Ziff. 1 LugÜ die Gerichte jenes Staates zuständig, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat.

#### 10.4.1.3.2. Verletzungsklagen

Bei Verletzungsklagen bestimmt sich der Gerichtsstand gemäss Art. 109 Abs. 2 IPRG, wonach für Klagen betreffend die Verletzung von Immaterialgüterrechten die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, jene an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort zuständig sind. Neben dem Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort sieht Art. 109 Abs. 2 IPRG einen zusätzlichen Gerichtsstand am Handlungs- und Erfolgsort vor.

Im Geltungsbereich des LugÜ besteht für Verletzungsklagen ein ordentlicher Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Beklagten i.S.v. Art. 2 LugÜ. Daneben werden Immaterialgüterrechtsverletzungen unter den Begriff der „unerlaubten Handlung“ subsumiert<sup>1341</sup>, für die Art. 5 Ziff. 3 LugÜ einen alternativen Gerichtsstand am Ort vorsieht, an dem die schädigende Handlung eingetreten ist oder eintreten droht<sup>1342</sup>. Unter dem Deliktsgerichtsstand versteht man wie beim IPRG die Zuständigkeit am Handlungs- oder Erfolgsort<sup>1343</sup>. Für die Anwendbarkeit des Gerichtsstands von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ wird jedoch vorausgesetzt, dass die Klage in einem anderen Vertragsstaat als dem Wohnsitzstaat des Beklagten erhoben wird<sup>1344</sup>.

Sowohl unter dem IPRG als auch im Anwendungsbereich des LugÜ ist der schweizerische Wohnsitzrichter für die Beurteilung sämtlicher Ansprüche zuständig, unabhängig davon, ob sie aus einer – im In- oder Ausland begangenen – Verletzung in- oder ausländischer Immaterialgüterrechte resultieren<sup>1345</sup>. Die Gerichte am Deliktsgerichtsstand sind hingegen auf die Beurteilung inländischer Immaterialgüterrechtsverletzungen beschränkt, da die h.L. gestützt auf

---

<sup>1341</sup> ZK IPRG-VISCHER, N 23 zu Art. 109; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, N 504 zu Art. 5 m.w.N.; ACOCELLA, in: Schnyder, N 209 zu Art. 5–Nr. 1 bis 3.

<sup>1342</sup> HILTY, Urheberrecht, N 448.

<sup>1343</sup> EuGH 30.11.1976, Rs 21/76, Bier/Mines de Potasse d’Alsace, N 13/14 und 15/19; LÜTHI, N 359.

<sup>1344</sup> Vgl. Art. 5 2. Halbs. LugÜ.

<sup>1345</sup> Statt vieler BSK IPRG-JEGHER, N 14 und 28 zu Art. 109 m.w.N.; ZK IPRG-Vischer, N 7 zu Art. 109; HILTY, Urheberrecht, N 447; LOCHER, *sic!* 2006, 245.

das Territorialitätsprinzip davon ausgeht, dass in der Schweiz grundsätzlich nur schweizerische Immaterialgüterrechte verletzt werden können<sup>1346</sup>.

Fraglich ist, ob ein Gericht im Rahmen einer Verletzungsklage den Bestand eines ausländischen Schutzrechts vorfrage- bzw. einredeweise prüfen kann. Während Art. 22 Abs. 4 LugÜ für Registerrechte eine zwingende Zuständigkeit der Gerichte des Eintragsstaates vorsieht, besteht für Urheberrechte keine entsprechende Bestimmung. Somit kann wohl davon ausgegangen werden, dass eine Inzidentprüfung des Bestandes des Urheberrechts durch das Gericht, das über die Verletzungsklage urteilt, sowohl im Anwendungsbereich des LugÜ als auch des IPRG möglich ist<sup>1347</sup>.

#### 10.4.1.3.3. Beurteilung des Handlungs- und Erfolgsortes, insbesondere bei Verletzungshandlungen im Internet

Die h.L. lokalisiert den Handlungsort bei einer Verbreitung über das Internet auch im internationalen Verhältnis dort, wo die Einspeisung der rechtsverletzenden Daten ins Netz erfolgt, also an dem Ort, wo der Upload vorgenommen wird<sup>1348</sup>. Abzulehnen ist der Standort des Webservers als Handlungsort, da dieser willkürlich gewählt werden kann<sup>1349</sup>. Macht der Creative-Commons-Lizenzgeber eine Verletzung seines Urheberrechts durch den Lizenznehmer geltend, sind somit neben den Gerichten am Wohnsitz des Lizenznehmers als allgemeiner Gerichtsstand auch die Gerichte jenes Ortes zuständig, an dem der Lizenznehmer z.B. eine unautorisierte Bearbeitung ins Internet gestellt hat.

Bezüglich des Erfolgsortes stellt sich im internationalen Verhältnis die Frage nach einer weltweiten Zuständigkeit an all jenen Orten, von wo aus der urheberrechtlich geschützte Inhalt abgerufen werden kann<sup>1350</sup>. Von einem Teil der Lehre wird eine derart umfassende Zuständigkeit mit der Begründung bejaht, der Anbieter wisse um die weltweite Reichweite des Internets und müsse deshalb bei der Wahl dieses Verbreitungsmediums die zuständigkeits-

---

<sup>1346</sup> Für das IPRG BÄR, Internationales Privatrecht, SIWR I/1, 135; HILTY, Urheberrecht, N 448; BSK IPRG-JEGHER, N 19, 21 zu Art. 109; ZK IPRG-VISCHER, N 10 zu Art. 109; LOCHER, sic! 2006, 245; ACOCELLA, in: Schnyder, 225. Für das LugÜ IPRG-JEGHER, N 31 zu Art. 109; HILTY, Urheberrecht, N 448; WEBER, E-Commerce, 109; BGE 132 III 778, E. 3; vgl. auch OBERHAMMER, in: Dasser/Oberhammer, N 107 zu Art. 5.

<sup>1347</sup> HILTY, Urheberrecht, N 447; vgl. hierzu BSK IPRG-JEGHER, N 43 zu Art. 109; LOCHER, Immaterialgüterrechte, 84.

<sup>1348</sup> SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, N 35 zu Art. 36; BGer. 8G.43/1999 vom 11.08.1999, E. 2a, sic! 1999, 636; ROSENTHAL, AJP 1997, 1342; ACOCELLA, in: Schnyder, N 243 zu Art. 5–Nr. 1 bis 3; LEUPOLD/WÜGER, sic! 2008, 190.

<sup>1349</sup> So auch LEUPOLD/WÜGER, sic! 2008, 190; ARTER/JÖRG/GNOS, 293 f.

<sup>1350</sup> WEBER, E-Commerce, 109; vgl. auch BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, N 594 ff. zu Art. 5.

rechtlichen Folgen in Kauf nehmen<sup>1351</sup>. Um die Ausuferung der Gerichtsstände zu verhindern, nimmt die wohl h.L. allerdings nur dort einen Erfolgsort an, wo die Website bestimmungsgemäss abgerufen werden kann<sup>1352, 1353</sup>.

Die relevanten Kriterien für die bestimmungsgemässe Abrufbarkeit einer Website sind nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen<sup>1354</sup>. Genannt werden Anhaltspunkte wie die verwendete Sprache, die für Preise angegebene Währung, Angaben zum Abnehmerkreis etc.<sup>1355</sup>. Im Zusammenhang mit der Werkverbreitung mittels Creative-Commons-Lizenzen ist dabei zu beachten, dass diese kostenlos erfolgt, womit Kriterien wie Währung, Absatzgebiet etc. nicht relevant sind<sup>1356</sup>. Eine sehr viel grössere Rolle spielt hingegen die Sprache des Angebots. Lädt ein Lizenzgeber ein Creative-Commons-lizenziertes Musikstück auf seine Website, deren Inhalt in deutscher Sprache geschrieben ist, kann wohl davon ausgegangen werden, dass sich der Inhalt der Website an das deutschsprachige Publikum richtet. In einem solchen Fall wäre ein Erfolgsort nur in den Ländern des deutschen Sprachraums anzunehmen<sup>1357</sup>. Das Eingrenzungskriterium der Ausrichtung auf ein bestimmtes Publikum hilft jedoch nicht weiter, wenn das Werk auf eine international ausgerichtete Plattform wie Youtube oder Flickr geladen wird. Im Zusammenhang mit einer solchen weltweit ausgerichteten Verbreitung ist die Frage nach weiteren Einschränkungsmöglichkeiten bisher nicht geklärt<sup>1358</sup>.

#### 10.4.1.4. Subjektive Klagehäufung, vorsorgliche Massnahmen

Nach Art. 8a Abs. 1 IPRG ist das für eine beklagte Partei zuständige Gericht für sämtliche Streitgenossen, für die eine internationale Zuständigkeit der Schweiz besteht, örtlich zustän-

---

<sup>1351</sup> So C. BERGER, GRUR Int. 2005, 465 f. siehe auch SCHACK, MMR 2000, 138.

<sup>1352</sup> ACOCELLA, in: Schnyder, N 257 zu Art. 5–Nr. 1 bis 3 m.w.N.; vgl. auch OBERHAMMER, in: Dasser/Oberhammer, N 124 zu Art. 5 m.w.N.; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, N 596 zu Art. 5; GEIMER/SCHÜTZE, N 251 zu Art. 5; RAUSCHER/LEIBLE, N 86e zu Art. 5. Das Bundesgericht bejahte einen Erfolgsort an dem Ort, wo eine Website bestimmungsgemäss abgerufen werden kann, liess im Übrigen aber offen, ob die alleinige Abrufbarkeit zur Begründung eines Erfolgsortes bereits genügen würde, BGer. 4C.341/2005 vom 06.03.2007, E. 4.2, sic! 2007, 544.

<sup>1353</sup> Zu den Einschränkungsmöglichkeiten eingehend BÜHLER, 366 ff.

<sup>1354</sup> PICHLER, N 953.

<sup>1355</sup> ACOCELLA, in: Schnyder, N 258 zu Art. 5–Nr. 1 bis 3; zu den einzelnen Kriterien ausführlich PICHLER, N 817 ff.

<sup>1356</sup> Vgl. PICHLER, N 953.

<sup>1357</sup> Dem widerspricht auch nicht, dass es in anderen Ländern Menschen gibt, die der deutschen Sprache mächtig sind, solange nicht weitere Indizien bestehen, die auf die Ausrichtung der Website auf diese Bevölkerung hinweisen, vgl. PICHLER, N 819.

<sup>1358</sup> METZGER nennt als mögliche Einschränkung das Kriterium der wirtschaftlichen Auswirkung („commercial effect“), wonach eine Verletzungshandlung nur an den Orten ein Forum zu begründen vermag, an denen sie sich wirtschaftlich auswirkt bzw. an denen die Auswirkungen im Vergleich zur gesamten Verletzung von wesentlicher Bedeutung sind, vgl. METZGER, Jurisdiction, 258; ähnlich auch BACHMANN, 184 ff., insbesondere 186.

dig. Art. 8a IPRG schafft somit keinen internationalen Gerichtsstand, sondern soll lediglich sicherstellen, dass in Fällen, in denen die ZPO eine Klagemöglichkeit gegen mehrere Streitgenossen an einem Ort vorsieht, auch im Anwendungsbereich des IPRG eine örtliche Verfahrenskonzentration zulässig ist<sup>1359</sup>. Richtet sich die Klage gegen mehrere Creative-Commons-Lizenznehmer, für die alle eine Schweizer Zuständigkeit gegeben ist, kann der Lizenzgeber somit gegen sämtliche Lizenznehmer an demselben Ort klagen, vorausgesetzt, die dortigen Gerichte sind für die Klage gegen einen der beklagten Lizenznehmer zuständig.

Für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sind unter der Geltung des IPRG gemäss dessen Art. 10 die Hauptsachegerichte (lit. a) oder die Gerichte am Ort der Vollstreckung (lit. b) zuständig.

Das LugÜ regelt die Zuständigkeit im Falle der subjektiven Klagehäufung in Art. 6 Ziff. 1. Danach können mehrere Personen zusammen vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem einer der Beklagten seinen Wohnsitz hat. Die h.L. geht davon aus, dass Art. 6 Ziff. 1 LugÜ nur dann zur Anwendung kommt, wenn nicht sämtliche Beklagte ihren Wohnsitz in demselben Vertragsstaat haben<sup>1360</sup>. Überdies setzt Art. 6 Ziff. 1 LugÜ eine so enge Beziehung zwischen den Klagen voraus, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint<sup>1361</sup>. Das Vorliegen der geforderten Konnexität ist bei Klagen gegen mehrere Creative-Commons-Lizenzgeber, denen gemeinsame Rechte bezüglich Bearbeitungen eines Creative-Commons-Lizenzgegenstandes zukommen, wohl zu bejahen.

Vorsorgliche Massnahmen können nach Art. 31 LugÜ bei dem in der Hauptsache nach Art. 2 ff. LugÜ zuständigen Gericht oder bei einem Gericht eines Vertragsstaates, dessen Zuständigkeit sich aus dem betreffenden innerstaatlichen Recht ergibt, beantragt werden<sup>1362</sup>. Während das Gericht am Hauptsachegerichtsstand ohne Weiteres zuständig ist, wird für die Zuständigkeit der Gerichte anderer Vertragsstaaten eine reale Verknüpfung zwischen dem Gegenstand der beantragten Massnahme und der Zuständigkeit des betreffenden Vertragsstaates vorausgesetzt<sup>1363</sup>.

---

<sup>1359</sup> Botschaft LugÜ 2009, 1827.

<sup>1360</sup> MÜLLER, in: Dasser/Oberhammer, N 26 zu Art. 6 LugÜ; BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, N 25 zu Art. 6; SIEHR, in: Schnyder, N 17 zu Art. 6.

<sup>1361</sup> Zum Begriff der Konnexität vgl. MÜLLER, in: Dasser/Oberhammer, N 36 ff. zu Art. 6.

<sup>1362</sup> KOFMEL/EHRENZELLER, in: Dasser/Oberhammer, N 2 zu Art. 31.

<sup>1363</sup> EuGH 27.04.1999, Rs. C-391/95, Van Uden/Deco-Line, N 40; BGE 129 III 626 E. 5.3.2.; KOFMEL/EHRENZELLER, in: Dasser/Oberhammer, N 21 zu Art. 31 m.w.N. Zum Begriff der „realen Verknüpfung“ vgl. GEIMER/SCHÜTZE, N 11 ff. zu Art. 31.

## 10.4.2. Anwendbares Recht

### 10.4.2.1. Trennung von Vertrags- und Immaterialgüterstatut

Bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts auf obligationenrechtliche Rechtsgeschäfte über Urheberrechte, die einen Auslandsbezug aufweisen, ist zwischen den urheber- und den vertragsrechtlichen Aspekten des Rechtsverhältnisses zu unterscheiden. Erstere sind vom Immaterialgüterrechtstatut (Art. 110 IPRG), letztere vom Vertragsstatut (Art. 122 IPRG) erfasst<sup>1364</sup>, und zwar unabhängig davon, ob sich die Fragen in einem selbständigen Verfahren oder vorfrageweise stellen<sup>1365</sup>.

Gemäss dem Vertragsstatut von Art. 122 IPRG ist auf sämtliche Fragen im Zusammenhang mit obligationenrechtlichen Aspekten eines Rechtsgeschäfts über Immaterialgüterrechte das Recht jenes Staates anwendbar, in dem der verfügende Rechteinhaber seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Auch wenn Einigkeit darüber besteht, dass dem Vertragsstatut ein relativ geringer Regelungsbereich verbleibt, ist die Abgrenzung der sachlichen Anwendungsbereiche dieser beiden Statute nicht immer einfach<sup>1366</sup>. In der Lehre haben sich insbesondere zwei Abgrenzungstheorien herausgebildet: Die Anhänger der Spaltungstheorie gehen davon aus, dass das Verpflichtungsgeschäft vom Vertrags- und das Verfügungsgeschäft vom Immaterialgüterstatut erfasst wird<sup>1367</sup>. Die Verfechter der Einheitstheorie hingegen unterscheiden nicht zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft<sup>1368</sup>. Da dem Verfügungsgeschäft bei der vorliegend interessierenden Lizenzierung von Urheberrechten jedoch keine eigenständige Bedeutung zukommt, kann diese Frage offen bleiben. Einigkeit besteht darüber, dass das Vertragsstatut insbesondere das Zustandekommen, die Wirksamkeit und die Beendigung des Vertrags sowie den Inhalt der gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien regelt<sup>1369</sup>. Zur Bestimmung des Vertragsinhaltes werden die Auslegungsregeln des Vertragsstatuts unter Berücksichtigung der vom Schutzland gezogenen Grenzen angewendet<sup>1370</sup>. Ebenfalls vom Vertragsstatut erfasst werden sodann Zeit und Ort der Erfüllung, die Zulässigkeit von Teilleistungen und von Leis-

---

<sup>1364</sup> HILTY, Verlagsvertrag, SIWR II/1, 567.

<sup>1365</sup> Vgl. BSK IPRG-JEGHER, N 9 zu Art. 110.

<sup>1366</sup> BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, N 8 zu Art. 122.

<sup>1367</sup> So HILTY, Urheberrecht, N 441; BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, N 11 zu Art. 122; DUTOIT, N 5 zu Art. 122; FERRARI HOFER, 509.

<sup>1368</sup> So insbesondere ZK IPRG-VISCHER, N 12 zu Art. 122.

<sup>1369</sup> Vgl. BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, N 13 zu Art. 122; ZK IPRG-VISCHER, N 11 zu Art. 122; HILTY, Urheberrecht, N 443; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 220 zu Art. 117; FERRARI HOFER, 508.

<sup>1370</sup> BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, N 13 zu Art. 122 m.w.N.

tungen Dritter, Nichtigkeit und Teilnichtigkeit sowie die Voraussetzungen und Folgen von Leistungsstörungen<sup>1371</sup>.

Dagegen umfasst das Immaterialgüterstatut<sup>1372</sup> all jene Rechtsfragen, die das Immaterialgüterrecht als solches betreffen<sup>1373</sup>, also den Rechtsbestand (Entstehen und Erlöschen des Schutzrechts), den Inhalt des Rechts<sup>1374</sup> sowie die Beurteilung von Verletzungen<sup>1375</sup>, inklusive der Rechtsfolgen solcher Verletzungen<sup>1376</sup>. Weiter regelt das Immaterialgüterstatut die Zulässigkeit der Übertragung, der Teilübertragung oder der Lizenzierung des Schutzrechts und bestimmt, welche Ansprüche durch den Lizenznehmer geltend gemacht werden können, wenn seine Berechtigung verletzt wird. Es beantwortet zudem die Frage danach, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Vertrag über das Schutzrecht Wirkungen gegenüber Dritten zukommt<sup>1377</sup>.

Im Zusammenhang mit der Bestimmung des Immaterialgüterstatuts ist strittig, ob der räumliche Anwendungsbereich der angerufenen Rechtsordnung nach der *lex fori* oder der *lex causae* zu bestimmen ist<sup>1378</sup>. Die neuere Lehrmeinung geht davon aus, dass das Gericht für den räumlichen Anwendungsbereich einer Schutznorm die *lex causae* zu befragen hat<sup>1379</sup>. Weiter besteht keine Einigung darüber, ob es sich bei Art. 110 Abs. 1 IPRG um eine Sach- oder vielmehr um eine Gesamtnormverweisung handelt<sup>1380</sup>.

#### 10.4.2.2. Sonderanknüpfung bei Vorliegen einer Verbrauchersache

Wie bereits im Rahmen der Bestimmung der nationalen und internationalen Zuständigkeit erwähnt, kann eine Creative-Commons-Lizenz in Ausnahmefällen als Konsumentenvertrag

---

<sup>1371</sup> Zur Reichweite des Vertragsstatuts vgl. eingehender BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, N 13 zu Art. 122; ZK IPRG-VISCHER, N 11 zu Art. 122 sowie HILTY, Urheberrecht, N 443.

<sup>1372</sup> Gemäss Art. 110 Abs. 1 IPRG das Recht des Staates, für den Schutz beansprucht wird; auch *lex loci protectionis* oder Schutzlandprinzip, vgl. BGE 136 III 232, E. 5.

<sup>1373</sup> BSK IPRG-JEGHER, N 9 zu Art. 110 m.w.N.

<sup>1374</sup> A.M. LOCHER, Immaterialgüterrechte, 13, 45 f., 53 f., 62.

<sup>1375</sup> HILTY, Urheberrecht, N 441.

<sup>1376</sup> BSK IPRG-JEGHER, N 15 zu Art. 110.

<sup>1377</sup> Vgl. dazu eingehend BSK LugÜ-JEGHER/VASELLA, N 12 zu Art. 122 m.w.N.

<sup>1378</sup> FEHLBAUM/LATTMAN, sic 2009, 375 m.w.N.

<sup>1379</sup> BGE 136 III 232, E. 5; ZK IPRG-VISCHER, N 2 f. zu Art. 110; WEBER, E-Commerce, 68; BSK IPRG-JEGHER, N 23 zu Art. 110. Um eventuelle exorbitante Geltungsansprüche einzuschränken, fordern einige Autoren eine genügende territoriale Verknüpfung zum Schutzland, so BSK IPRG-JEGHER, N 25 f. zu Art. 110. Andere sehen in der Berufung auf den *Ordre public* nach Art. 17 IPRG oder in der Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG eine Korrekturmöglichkeit, so KREN KOSTKIEWICZ, N 1925.

<sup>1380</sup> Die Sachnormverweisung bejahend BSK IPRG-JEGHER, N 25 zu Art. 110; WEBER, E-Commerce, 68; HILTY, Urheberrecht, N 441; a.M. ZK-VISCHER, N 3 zu Art. 110.



qualifiziert werden<sup>1381</sup>. Liegt ein solcher Konsumentenvertrag vor, so untersteht er nach Art. 120 Abs. 1 IPRG dem Recht jenes Staates, in dem der Konsument seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

#### 10.4.2.3. Anwendbarkeit der Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG

Die Ausnahmeklausel von Art. 15 Abs. 1 IPRG erklärt das Recht, auf welches das IPRG verweist, dann als ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn nach den gesamten Umständen offensichtlich ist, dass der Sachverhalt mit diesem Recht in nur geringem, mit einem anderen Recht jedoch in viel engerem Zusammenhang steht. Art. 15 IPRG wurde eingeführt, um im Einzelfall unbefriedigende (kollisionsrechtliche) Lösungen zu vermeiden<sup>1382</sup>. Eine solche unbefriedigende Lösung ist im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung dann denkbar, wenn das IPRG aufgrund des Fehlens einer Rechtswahlklausel für die Beantwortung der obligationenrechtlichen Fragen im Kontext einer Schweizer Creative-Commons-Lizenz auf das Recht eines anderen Staates als der Schweiz verweist. Auch wenn es sich bei dem auf eine Creative-Commons-Lizenz anwendbaren Vertragsstatut i.d.R. um das Recht jenes Staates handelt, in dem der Lizenzgeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, besteht zwischen dem schweizerischen Creative-Commons-Lizenzvertrag und dem Schweizer Recht doch ein viel engerer Zusammenhang, zumal der Vertragstext mit dem Ziel der besseren Durchsetzbarkeit an das Schweizer Recht angepasst wurde. Dieser enge Zusammenhang wird dadurch noch verstärkt, dass der Lizenzgeber bei der Lizenzierung selber die Schweizer Lizenz ausgewählt hat und deshalb damit rechnen muss, dass auf den Lizenzvertrag auch Schweizer Recht zur Anwendung kommt. Allerdings wird die Anwendbarkeit von Art. 15 IPRG in Fällen verneint, in denen zu mehreren Rechtsordnungen ein nicht unwesentlicher Zusammenhang besteht; es sei denn, dem Zusammenhang mit der vom IPRG berufenen Rechtsordnung kommt eine völlig untergeordnete Bedeutung zu<sup>1383</sup>. Zudem wendet das Bundesgericht Art. 15 IPRG nur sehr restriktiv an und schliesst insbesondere materiell-rechtliche Erwägungen aus, zumal es sich bei der betreffenden Norm um ein kollisionsrechtliches Instrument handelt<sup>1384</sup>. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Art. 15 IPRG auf das Creative-Commons-Vertragsverhältnis in der geschilderten Konstellation keine Anwendung findet.

---

<sup>1381</sup> Vgl. vorne 201 ff. und 208 ff.

<sup>1382</sup> ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, N 4 zu Art. 15.

<sup>1383</sup> ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, N 50 zu Art. 15.

<sup>1384</sup> BGE 131 III 289, E. 2.2.; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, N 7 f. zu Art. 15.

#### 10.4.2.4. Exkurs: Folgen der Streichung der Rechtswahlklausel nach Schweizer Recht

Die Streichung der Rechtswahlklausel in den Schweizer Creative-Commons-Lizenzen nach der Vorgabe der unportierten Lizenz hat beim Vorliegen eines internationalen Verhältnisses nach den allgemeinen international-privatrechtlichen Grundsätzen zur Folge, dass sich das anwendbare Vertragsstatut<sup>1385</sup> nach den allgemeinen Regeln zur Bestimmung des anwendbaren Rechts auf Verträge richtet. Daraus folgt, dass die Creative-Commons-Lizenzen nach der Regelanknüpfung von Art. 122 IPRG dem Recht jenes Staates unterstehen, in dem sich der Lizenzgeber gewöhnlich aufhält. Befindet sich dieser gewöhnliche Aufenthaltsort im Ausland, kann unter Anwendung des entsprechenden ausländischen Rechts die Gültigkeit der Schweizer Creative-Commons-Lizenzen nicht mehr gewährleistet werden. Zudem läuft die Möglichkeit der Anwendbarkeit ausländischen Rechts auf die portierte Lizenz dem Sinn und Zweck der Portierung zuwider, wonach die Lizenzen deshalb an das nationale Recht angepasst werden, um deren Gültigkeit und Durchsetzbarkeit im entsprechenden Land zu gewährleisten. Hat zudem eine Mehrheit von Personen Rechte am Lizenzgegenstand und treten deshalb verschiedene Personen mit Wohnsitz in verschiedenen Ländern als Lizenzgeber auf, stellt sich die Frage der Kollision verschiedener ausländischer Rechtsordnungen.

Die Streichung der Rechtswahlklausel wird von Creative Commons als US-amerikanischer Organisation wohl deshalb nicht für problematisch erachtet, da die Beurteilung des anwendbaren Rechts in den USA weit weniger starr geregelt ist als in Europa<sup>1386</sup>. Die Möglichkeit des US-amerikanischen Richters, einen Sachverhalt unter jenes Recht zu stellen, das ihm am sachdienlichsten erscheint, steht im Gegensatz zur Pflicht der europäischen Richter, die internationalprivatrechtlichen Regelungen anzuwenden und sich dem Resultat zu beugen, es sei denn, es liege ordre public-Widrigkeit oder ein Anwendungsfall von Art. 15 IPRG vor. Unter diesen Umständen erscheint es nach der vorliegend vertretenen Meinung verfehlt, die Rechtswahlklausel in den an die nationalen Rechtsordnungen angepassten Creative-Commons-Lizenzen zu streichen. Werden im Zusammenhang mit Version 4.0 international gültige Vertragstexte auf der Grundlage internationaler Übereinkommen geschaffen, dann sind die Folgen der Streichung einer Rechtswahl weniger gravierend, solange der Vertragswortlaut Lösungen zulässt, die den jeweiligen Regelungen in den verschiedenen Ländern entsprechen.

---

<sup>1385</sup> Die in Art. 122 Abs. 2 IPRG enthaltene Rechtswahlmöglichkeit bezieht sich nur auf das Vertragsstatut, nicht jedoch auf das Immaterialgüterstatut, BSK LugÜ-JEGHER/VASELLA, N 18 zu Art. 122.

<sup>1386</sup> So wird vom Gericht nach den Umständen des Einzelfalles eine individuelle Lösung entwickelt, ROSENKRANZ, 208 f.

Im Entwicklungsprozess der neuen Version 4.0 wird zudem diskutiert, inwiefern es sinnvoll und nötig ist, gewisse Definitionen bzw. Umschreibungen von unbestimmten Begriffen bereits in den Lizenztext zu integrieren, damit die Auslegungen in den verschiedenen Jurisdiktionen möglichst wenig voneinander abweichen. Der Entwurf der Version 4.0 enthält gewisse Klarstellungen bezüglich der Begriffe „Abwandlung“ (*adaptation/derivative*)<sup>1387</sup> und *Nicht kommerziell (Non Commercial)*<sup>1388</sup>. Was allerdings auch bei möglichst grosser Harmonisierung der Begriffsauslegung bestehen bleibt, ist im Falle des Fehlens einer Rechtswahlklausel die Problematik der verschiedenen anwendbaren Rechte bei einer gemeinsamen Werkschöpfung mehrerer Urheber.

## **11. Anerkennung der Creative-Commons-Lizenzen durch Gesetzgeber und Gerichte**

Bisher hat in der Schweiz noch kein Gericht über die Wirksamkeit von Creative-Commons-Lizenzen oder einzelner Klauseln entschieden. In anderen Ländern sind hingegen Gerichtsentscheide ergangen, welche die Wirksamkeit der jeweils eingesetzten Creative-Commons-Lizenzen durchgehend bestätigt haben.

So bejahte ein Gericht in Amsterdam im März 2006 das Zustandekommen eines Lizenzvertrags durch den Umstand, dass die Beklagten Bilder nutzten, die zuvor vom Kläger unter eine Creative-Commons-Lizenz gestellt worden waren<sup>1389</sup>. Der Kläger hatte zuvor Fotos von sich und seiner Familie, die er selbst gemacht hatte, unter einer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* auf der Online-Plattform Flickr<sup>1390</sup> veröffentlicht. Als die Zeitschrift „Weekend“, die zur Audax Publishing B.V. als eine der Beklagten gehört, die Fotos im Zusammenhang mit einem Bericht über den Kläger, der als führende Figur bei der Entstehung von Podcasting gilt, unter Hinweis auf den Kläger als Urheber der Fotos verwendete, verlangte dieser von den Beklagten, den Verkauf der Zeitschriftenausgabe und die Verbreitung seiner Fotos zukünftig zu unterlassen. Zusätzlich forderte der Kläger von den Beklagten Schadenersatz. In der Folge entschuldigten sich die Beklagten in der nächsten Ausgabe der Zeitschrift „Weekend“ beim Kläger mit dem Hin-

---

<sup>1387</sup> Vgl. Section 1 lit. d des im Anhang B abgedruckten Entwurfs der Version 4.0 sowie die Diskussion unter [http://wiki.creativecommons.org/4.0/license\\_subject\\_matter](http://wiki.creativecommons.org/4.0/license_subject_matter).

<sup>1388</sup> Vgl. Section 1 lit. g des im Anhang B abgedruckten Entwurfs der Version 4.0 sowie die Diskussion unter <http://wiki.creativecommons.org/4.0/NonCommercial>.

<sup>1389</sup> Beschluss der Rechtbank Amsterdam vom 09.03.2006, LJN: AV4204, Rechtbank Amsterdam, 334492 / KG 06-176 SR, <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=AV4204>; eine inoffizielle englische Übersetzung findet sich unter <http://mirrors.creativecommons.org/judgements/Curry-Audax-English.pdf>.

<sup>1390</sup> [www.flickr.com](http://www.flickr.com).

weis, dass sie die Fotos nicht hätten verwenden dürfen. Zudem boten sie dem Kläger eine Kompensationszahlung in der Höhe von EUR 1'500 an, mit der dieser allerdings nicht einverstanden war, worauf er Klage u.a. auf Unterlassung der weiteren Verbreitung der Bilder, Gegendarstellung und Schadenersatz bzw. Gewinnherausgabe erhob. Das Gericht stellte in seinem Entscheid fest, dass die Vertragsbestimmungen der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* wirksam in den Vertrag einbezogen worden waren, zumal von den Beklagten als professionelle Herausgeber von Zeitschriften eine gründliche Rechteabklärung erwartet werden dürfe, insbesondere im Zusammenhang mit Bildern, die im Internet veröffentlicht seien. Aus diesem Grund erachtete das Gericht den Hinweis auf die Creative-Commons-Lizenzbedingungen in Form des üblichen Creative-Commons-Symbols als ausreichend. Das Gericht stellte in der Folge eine Verletzung des Verbots der kommerziellen Nutzung der Bilder sowie der Pflicht zur Mitlieferung des Lizenztextes fest. Im Zusammenhang mit dem vom Kläger geforderten Schadenersatz stellte sich das Gericht hingegen auf den Standpunkt, der dem Kläger entstandene Schaden sei gering, da die Bilder im Internet frei verfügbar seien, womit ihnen kein hoher kommerzieller Wert zukomme. Jedenfalls bewertete das Gericht den dem Kläger entstandenen Schaden nicht höher als die dem Kläger von den Beklagten angebotene Kompensationszahlung von EUR 1'500. Zudem verneinte das Gericht aus denselben Gründen eine Gefährdung der zukünftigen kommerziellen Verwertung der Bilder durch den Kläger. Das Gericht untersagte den Beklagten in der Folge die weitere Veröffentlichung bei einer Strafandrohung von EUR 1'000 pro Verletzungshandlung.

Das Amsterdamer Gericht bestätigte somit die Gültigkeit der Creative-Commons-Lizenzbedingungen und den wirksamen Einbezug als Vertragsbestandteil. Problematisch ist allerdings die Ansicht des Gerichts, den Fotos käme ein geringer kommerzieller Wert zu, da diese im Internet „frei“ erhältlich seien<sup>1391</sup>. Mit diesem Argument trägt das Gericht dem Konzept von Creative Commons nicht genügend Rechnung, wonach Creative-Commons-Lizenzen auf dem geltenden Urheberrecht aufbauen und eben keine unkontrollierte Freigabe von Rechten beabsichtigen. Die Argumentation des Gerichts ist überdies nicht frei von Widerspruch, wenn es in der Nutzung der Fotos durch die Beklagten eine Verletzung des Urheberrechts des Klägers sieht, dann aber doch davon spricht, die Fotos seien im Internet „frei“ zugänglich gewesen. Es trifft zwar zu, dass jede Person mit Internetzugang die Fotos im Rahmen der Lizenz nutzen durfte. Aber gerade die kommerzielle Nutzung der Lizenzen wurde vom Urheber nicht freigegeben. Da die Beklagten die Fotos aber zu kommerziellen Zwe-

---

<sup>1391</sup> So auch MANTZ, GRUR Int. 2008, 23.

cken verwendeten, zogen sie aus den Fotos einen Nutzen, zu dem sie nicht berechtigt gewesen wären, woraus ein Anspruch des Urhebers auf Schadenersatz bzw. Gewinnherausgabe resultiert, dessen Höhe unabhängig davon sein muss, ob die Fotos unter einer offenen Lizenz standen oder nicht.

Ein weiteres Urteil zur Creative-Commons-Lizenzierung erging am 17.02.2006, als ein spanisches Gericht die Klage der spanischen Verwertungsgesellschaft Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) auf Bezahlung von Urheberrechtsabgaben für unter Creative-Commons-Lizenzen veröffentlichte Musik abwies<sup>1392</sup>. Der Beklagte hatte sich geweigert, Lizenzgebühren für die von ihm in seiner Bar gespielte Musik zu bezahlen, mit der Begründung, es handle sich dabei um Creative-Commons-lizenzierte Musik, womit er die Berechtigung direkt von den Künstlern erhalten habe. Das Gericht zog in Erwägung, es bestünde grundsätzlich die Vermutung, dass öffentlich gespielte Musik zum Repertoire der Verwertungsgesellschaft gehöre, selbst wenn diese Vermutung vom Beklagten durch den Nachweis der ausschliesslichen Verwendung von Musik, die nicht von der SGAE verwaltet wird, widerlegt werden könne. Da dem Beklagten der Beweis gelang, dass er nur Creative-Commons-lizenzierte Musik gespielt hatte, sah das Gericht die Vermutung widerlegt und wies die Klage ab.

Auch wenn das spanische Gericht nicht über die Gültigkeit der Creative-Commons-Lizenzen zu entscheiden hatte, ist aus der Begründung des Urteils doch ersichtlich, dass das Gericht von der Gültigkeit der Creative-Commons-Lizenzen ausging. Im Übrigen betrifft das Urteil aus Spanien den problematischen Punkt der Vereinbarung der Creative-Commons-Lizenzierung mit der Mitgliedschaft in einer Verwertungsgesellschaft<sup>1393</sup>. Auf diesen Problembereich wird später in dieser Arbeit noch ausführlich eingegangen<sup>1394</sup>.

In den USA erging bisher keine Entscheidung, die die Gültigkeit einer Creative-Commons-Lizenz zum Gegenstand hatte. Auf die am 16.01.2009 vor dem United States District Court for the Northern District of Texas eingereichte Klage Chang und Wong v. Virgin Mobile und Creative Commons<sup>1395</sup> wurde mangels Zuständigkeit (*personal jurisdiction*) nicht eingetreten. Die Kläger warfen der Beklagten vor, ein auf Flickr unter einer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung* veröffentlichtes Bild für eine Werbekampagne verwendet zu haben, ohne dabei

---

<sup>1392</sup> Juzgado de primera instancia número seis de Badajoz, procedimiento ordinario 761/2005, sentencia, n°15/2.006; offizielle Version des Urteils auf Spanisch abrufbar unter [http://www.internautas.org/archivos/sentencia\\_metropoli.pdf](http://www.internautas.org/archivos/sentencia_metropoli.pdf); eine inoffizielle englische Übersetzung abrufbar unter <http://mirrors.creativecommons.org/judgements/SGAE-Fernandez-English.pdf>.

<sup>1393</sup> MANTZ, GRUR Int. 2008, 21.

<sup>1394</sup> Vgl. hinten 269 ff.

<sup>1395</sup> 2009 WL 111570 (N.D. TEX.) Civil Action No. 3:07-CV-1767-D – Chang v. Virgin Mobile USA.

den Urheber zu nennen. Die Mutter des auf dem Foto abgebildeten Mädchens verlangte Schadenersatz und Gewinnherausgabe wegen Verletzung der Persönlichkeitsrechte ihrer Tochter. Der Fotograf als zweiter Kläger verlangte Schadenersatz wegen Verstosses gegen die Lizenzbedingungen. Zudem erhob er auch Klage gegen die Organisation Creative Commons und verlangte Schadenersatz mit der Begründung, man habe ihn nicht ausreichend auf die Rechtsfolgen des Einsatzes der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung* aufmerksam gemacht. Da sich das Gericht als für nicht zuständig erklärte, erging in der Sache keine Entscheidung<sup>1396</sup>.

Auch ein belgisches Gericht befasste sich bereits mit einer Creative-Commons-Lizenz. Am 09.11.2010 sprach das Tribunal de première instance de Nivelles der belgischen Band Lichôdmapwa Schadenersatz wegen Verletzung einer Creative-Commons-Lizenz zu. Der Beklagte hatte einen Song der Kläger für die Bewerbung eines Theaterfestivals im Radio verwendet, obwohl der Song unter der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung* veröffentlicht worden war. Das Gericht ging unter Berufung auf die vorstehend genannten Entscheide, in denen Gerichte anderer Länder die Wirksamkeit der Creative-Commons-Lizenzen bestätigt hatten, ebenfalls von der Gültigkeit der Lizenz aus. Ferner entschied das Gericht, die Beklagte habe die Nutzungsbedingungen der Lizenz durch das Unterlassen der Urhebernennung und die kommerzielle Verwendung des Werks verletzt. Es liess zudem den Einwand der Beklagten nicht gelten, sie habe mangels rechtsgenügendem Hinweis auf die geltende Lizenz in gutem Glauben gehandelt. Vielmehr ging auch das belgische wie zuvor das niederländische Gericht im Fall Curry v. Audax davon aus, dass von einer professionellen Festivalbetreiberin erwartet werden könne, dass sich diese über den genauen Inhalt einer Lizenz informiere.

Bei der Schadenersatzbemessung stellte sich das belgische Gericht allerdings auf den Standpunkt, das Verhalten der Kläger sei widersprüchlich, da sie durch die Verwendung einer offenen Lizenz eine „nichtkommerzielle Ethik“ vertreten würden, vor Gericht aber dennoch eine marktübliche Entschädigung für eine kommerzielle Werkverwendung forderten. Ähnlich wie im Entscheid des niederländischen Gerichts verkannte auch das belgische, dass es bei der Creative-Commons-Lizenzierung gerade nicht um eine völlige Freigabe sämtlicher Rechte, sondern eben nur einzelner Teilrechte geht. Eine parallele exklusive Lizenzierung der Rechte für die kommerzielle Verwertung neben einer bestehenden Creative-Commons-Lizenz, die das Recht auf nichtkommerzielle Nutzung freigibt, wird durch Creative Commons nicht aus-

---

<sup>1396</sup> Siehe zum ganzen MANTZ, GRUR Int. 2008, 23 f.

geschlossen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb ein Werk, das zur nichtkommerziellen Nutzung frei erhältlich ist, einen tieferen wirtschaftlichen Wert in Bezug auf die nicht freigegebene kommerzielle Nutzung haben soll als ein Werk, das nicht unter einer Creative-Commons-Lizenz steht. Der Entscheid wurde in dieser Hinsicht denn auch von der Creative-Commons-Community kritisiert<sup>1397</sup>.

Am 06.01.2011 erging ein Entscheid eines israelischen Gerichts, das im Fall *Avi Re’uveni v. Mapa inc.* über den gegen die Nutzungsbestimmungen der Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung* verstossenden Gebrauch von Fotografien zu urteilen hatte<sup>1398</sup>. Der Beklagte hatte Fotos, die unter dieser Lizenz auf Flickr veröffentlicht wurden, zur Bebilderung eines kommerziell vertriebenen Reiseführers benutzt. Dazu fand auch eine Bearbeitung der Fotos statt, da die Bilder z.T. für eine Collage verwendet wurden. Eines der Fotos veröffentlichte der Beklagte zudem auf seiner Website. Das Gericht verurteilte den Beklagten aufgrund einer Urheberrechtsverletzung, ohne dass es allerdings auf die bestehende Creative-Commons-Lizenz einging.

Das jüngste der Verfasserin dieser Arbeit bekannte Urteil betreffend eine Creative-Commons-Lizenz erging im Jahr 2011 in Deutschland. Das LG Berlin bestätigte in einem einstweiligen Verfügungsverfahren mit Beschluss vom 08.10.2011 die Wirksamkeit der Creative-Commons-Lizenzen<sup>1399</sup>. Zu entscheiden war, ob die Antragstellerin dem Antragsgegner verbieten kann, ein Foto, das unter einer Creative Commons-Lizenz *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 unported* stand, zu nutzen.

Auch wenn es sich bei diesem Entscheid lediglich um eine ohne mündliche Verhandlung ergangene einstweilige Verfügung mit nur sehr kurzer Begründung handelt, ist daraus ersichtlich, dass das Gericht ohne Weiteres von der Wirksamkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Creative-Commons-Lizenzvertrages ausging<sup>1400</sup>. Aus der kurzen Begründung kann zudem geschlossen werden, dass das deutsche Gericht den Einbezug der englischen Lizenzbedingungen – da es sich um die unportierte und somit nur in englischer Sprache vorliegende Creative-Commons-Lizenz handelte – als unproblematisch erachtete. Zudem ging es in Übereinstimmung mit der h.L. davon aus, dass es sich bei der Creative-Commons-Lizenz um einen unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Vertrag handelt, der durch den

---

<sup>1397</sup> Vgl. <http://creativecommons.org/weblog/entry/26115>.

<sup>1398</sup> *Avi Re’uveni v. Mapa inc.*, TA 3560/09 und 3561/09. Der Entscheid ist auf Hebräisch abrufbar unter [http://wiki.creativecommons.org/images/a/a5/Reuveni\\_rivlin.pdf](http://wiki.creativecommons.org/images/a/a5/Reuveni_rivlin.pdf).

<sup>1399</sup> LG Berlin, 08.10.2010, Az. 16 O 458/10, MMR 2011, 763.

<sup>1400</sup> Anmerkungen von MANTZ in: LG Berlin, 08.10.2010, Az. 16 O 458/10, MMR 2011, 764.

Verstoss gegen die Lizenzbedingungen weggefallen war, womit der ursprüngliche Lizenznehmer ohne Genehmigung der Rechteinhaberin in deren Urheberrecht eingriff<sup>1401</sup>.

Aufgrund der vorstehenden Gerichtsentscheide ist davon auszugehen, dass die Creative-Commons-Lizenzen von den Gerichten generell als wirksam betrachtet werden. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob sich die Ansicht des niederländischen und des belgischen Gerichts, dass sich die Lizenzierung mittels offener Modelle negativ auf die Schadensberechnung infolge einer Rechtsverletzung auswirkt, weiter festsetzt.

---

<sup>1401</sup> Anmerkungen von MANTZ in: LG Berlin, 08.10.2010, Az. 16 O 458/10, MMR 2011, 764.



## Teil VI    Problemfelder der Creative-Commons-Lizenzen

### 1.            Probleme bei der Zuordnung des Lizenzgegenstandes zum tatsächlichen Urheber

Gerade bei der Werkverbreitung im Internet ist nicht immer klar, von wem ein Werk ursprünglich und zu welchem Zeitpunkt geschaffen wurde und wer es wann wie verändert hat. Insbesondere im Bereich der Wissenschaft aber auch in anderen Anwendungsbereichen der Creative-Commons-Lizenzen besteht jedoch ein Interesse daran, dass Authentizität, Integrität sowie die Übermittlung des Veröffentlichungsdatums der eigenen Werke und der verwendeten Dokumente gewährleistet sind und somit auch eine Versionenkontrolle möglich ist<sup>1402</sup>. Für den Nutzer geht die fehlende Möglichkeit der Überprüfung der Rechteinhaberschaft an einem Creative-Commons-lizenzierten Werk überdies mit der Unsicherheit einher, sich eines Tages mit einem Rechtsanspruch des wirklichen Rechteinhabers konfrontiert zu sehen.

Das Problem der Unmöglichkeit der Zuordnung eines Werkes zum tatsächlichen Urheber resultiert aus dem im Gegensatz zu anderen Immaterialgüterrechten fehlenden Registereintrag. Für den Nutzer besteht überdies die Problematik, dass das Urheberrecht im Gegensatz zum Sachenrecht die Gutgläubigkeit des Erwerbers nicht schützt<sup>1403</sup>, womit sich selbst der Nutzer, der sich in guten Treuen auf die gültige Einräumung der Rechte durch den vermeintlichen Lizenzgeber verlässt, plötzlich mit einem Unterlassungsanspruch konfrontiert sehen kann.

Für das Bestehen eines darüber hinausgehenden Schadenersatzanspruchs muss den Nutzer allerdings ein Verschulden treffen<sup>1404</sup>. Hat sich dieser auf den bestehenden Creative-Commons-Vermerk verlassen und den Lizenzgegenstand im Sinne der Lizenz genutzt, ist das Vorliegen eines Verschuldens zu verneinen. Mit anderen Worten liegt es in der Verantwortung des Lizenzgebers, vor der Veröffentlichung eines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz abzuklären, ob er tatsächlich im Besitz der dafür erforderlichen Rechte ist. Tut er dies nicht, wird er gegenüber dem tatsächlichen Rechteinhaber aufgrund einer Urheberrechtsverletzung schadenersatzpflichtig. Der Nutzer des Werks hat gegenüber dem vermeintlichen Lizenzgeber ebenfalls einen Schadenersatzanspruch, wenn dieser grobfahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Trifft den Lizenzgeber nur ein leichtes Verschulden, muss er für den Scha-

---

<sup>1402</sup> BRÜNING/KUHLEN, 461.

<sup>1403</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 262.

<sup>1404</sup> Vgl. vorne 186.

den des Nutzers aufgrund der Wegbedingung der Haftung in den Creative-Commons-Lizenzbedingungen nicht eintreten<sup>1405</sup>.

Will ein Urheber sichergehen, dass seine Werke in Bezug auf Authentizität und Integrität sowie bezüglich des Entstehungszeitpunktes nicht verfälscht werden, ist der Einsatz von digitalen Signaturen ratsam<sup>1406</sup>.

## **2. Problematik der Kennzeichnung des Lizenzgegenstandes**

Die Standardisierung der Creative-Commons-Lizenztexte und die dadurch nötige generelle Umschreibung des Lizenzgegenstandes hat zur Folge, dass Unsicherheit darüber bestehen kann, auf welches Werk sich die betreffende Lizenz bezieht; diese Problematik wird immer dann aktuell, wenn Inhalte aus mehreren urheberrechtlich geschützten Elementen bestehen, wie etwa bei Websites, die lediglich einen allgemeinen Hinweis auf eine Creative-Commons-Lizenzierung enthalten<sup>1407</sup>. Bezieht sich der Creative-Commons-Hinweis nicht auf die einzelnen urheberrechtlich geschützten Elemente, ist oftmals unklar, ob alle Elemente unter der entsprechenden Creative-Commons-Lizenz stehen oder ob einzelne Teile davon ausgenommen sind, insbesondere dann, wenn nicht alle Elemente dem gleichen Rechteinhaber gehören<sup>1408</sup>.

Unproblematisch ist der fehlende Hinweis bezüglich jedes einzelnen Werks dann, wenn ohnehin sämtliche Werke unter einer Creative-Commons-Lizenz stehen. Denn wie bereits in den Ausführungen zum Zustandekommen des Vertrags erläutert<sup>1409</sup>, wird ein Nutzer das Fehlen eines Hinweises auf eine Creative-Commons-Lizenz nicht geltend machen, weil das Nichtbestehen einer Nutzungserlaubnis für ihn die Folge hätte, dass er den Lizenzgegenstand unbefugt nutzt und somit das Urheberrecht des Lizenzgebers verletzt. Umgekehrt wird der Lizenzgeber nichts gegen die Nutzung seiner Werke einzuwenden haben, selbst wenn mangels Kenntnis der Creative-Commons-Lizenz bezogen auf das betreffende Werk streng genommen gar kein Creative-Commons-Vertragsverhältnis zustande kommen konnte.

Die einzige Problematik besteht in diesem Zusammenhang wohl darin, dass viele Nutzer von

---

<sup>1405</sup> Gerade wenn die Lizenzierung unter Creative Commons schon länger zurückliegt, besteht die Schwierigkeit in der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs je nach Konstellation wohl darin, den fehlbaren Lizenzgeber zu eruieren.

<sup>1406</sup> BRÜNING/KUHLEN, 461 f. Zur Funktionsweise der digitalen Signatur siehe SCHLAURI, Elektronische Signaturen, 12 ff.

<sup>1407</sup> HIETANEN, 66.

<sup>1408</sup> HIETANEN, 66.

<sup>1409</sup> Vgl. vorne 168.

der Verwendung der Inhalte abgehalten werden, wenn für sie mangels klarer Kennzeichnung nicht ersichtlich ist, ob ein betreffender Inhalt nun tatsächlich Creative-Commons-lizenziert ist oder nicht.

Problematischer wird es aber dann, wenn sich die Creative-Commons-Lizenz tatsächlich nicht auf sämtliche Bestandteile bezieht. Verwendet ein Nutzer in einem solchen Fall einen Inhalt, der nicht lizenziert wurde, wird sich die im Einzelfall zu beurteilende Frage stellen, ob der Nutzer in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass auch das von ihm verwendete Werk unter einer Creative-Commons-Lizenz steht. Aus diesem Grund und um zu vermeiden, dass eigentlich Creative-Commons-lizenzierte Inhalte mangels klarer Kennzeichnung als solche nicht genutzt werden, sollte beim Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen stets darauf geachtet werden, dass jedem Werk ein Hinweis auf die entsprechende Lizenz beigelegt wird bzw. spezifiziert wird, auf welche Werke sich welche Lizenzen beziehen. Eine Möglichkeit, die bestehenden Rechte klar zu kommunizieren, ist der Einsatz von Informationsseiten, die Auskunft über die bestehenden Urheberrechte bzw. Creative-Commons-Lizenzen geben<sup>1410</sup>.

### **3. Beendigung eines Creative-Commons-Vertrags**

Mit der Creative-Commons-Lizenzierung wird die Rechteeinräumung an die Nutzer bis zum Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist bezweckt. Um dieses Ziel zu erreichen, verpflichtet sich der Lizenzgeber gegenüber den Lizenznehmern für die Dauer des Vertragsverhältnisses, sein Ausschliesslichkeitsrecht nicht gegen sie geltend zu machen. Einzig wenn ein Nutzer gegen die Bedingungen der Creative-Commons-Lizenz verstösst, kommt es zu einer früheren Beendigung der Rechteeinräumung<sup>1411</sup>. Ansonsten sehen die Lizenzen bis zum Ablauf der urheberrechtlichen Schutzfrist keine Möglichkeit des vorzeitigen Widerrufs der Rechteeinräumung vor. Dennoch bleibt zu prüfen, ob eine frühzeitige Beendigung unter bestimmten Umständen möglich sein muss.

Den Lizenznehmern werden durch den Creative-Commons-Vertrag mehr Rechte eingeräumt, als ihnen ohnehin gestützt auf die Urheberrechtsgesetzgebung schon zukommen. Auf Seiten der Lizenznehmer besteht somit kein rechtlich schützbare Interesse an der vorzeitigen Beendigung dieses Dauerschuldverhältnisses, zumal sie nicht verpflichtet sind, den Lizenzgegenstand zu nutzen und allfällige Pflichten wie die Weitergabe unter gleichen Bedingungen nur greifen, wenn der Lizenzgegenstand über das durch die Schrankenregelungen zulässige Mass

---

<sup>1410</sup> Vgl. das Beispiel der finnischen Wirtschaftszeitung *Taloussanomati* in FN 886.

<sup>1411</sup> Vgl. Ziffer 7 lit. a der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

genutzt wird. Der Lizenznehmer kann sich diesen Pflichten also ohne Weiteres entziehen, indem er den Lizenzgegenstand nicht in einer die Schrankenbestimmungen übersteigenden Weise verwendet. Der Lizenzgeber oder dessen Erben hingegen können unter Umständen ein Interesse daran haben, das Creative-Commons-Vertragsverhältnis vorzeitig aufzulösen.

### **3.1. Möglichkeit einer Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen**

Im Zusammenhang mit der Kündigungsmöglichkeit von Dauerschuldverhältnissen wird zwischen befristeten und unbefristeten Dauerverträgen unterschieden. Während erstere durch Zeitablauf oder Kündigung enden können, ist dies bei letzteren nur durch Kündigung möglich<sup>1412</sup>. Es ist deshalb in einem ersten Schritt zu prüfen, ob es sich bei den Creative-Commons-Lizenzen um befristete oder unbefristete Dauerverträge handelt.

#### **3.1.1. Befristetes oder unbefristetes Dauerschuldverhältnis?**

Die Befristung eines Dauerschuldverhältnisses kann ausdrücklich vereinbart werden oder aber implizit aus dem Zweck des Vertrages hervorgehen<sup>1413</sup>. Allgemein wird von einem befristeten Dauerschuldverhältnis ausgegangen, wenn es sich beim Lizenzgegenstand um ein befristetes Schutzrecht handelt und zwar auch dann, wenn die Vertragsdauer nicht ausdrücklich an die Dauer des Schutzrechts geknüpft wurde<sup>1414</sup>. Mit Bezug auf das Urheberrecht wird diese allgemeine Regelung allerdings deshalb eingeschränkt, da urheberrechtlich geschützte Werke einer sehr langen Schutzfrist unterliegen und daher nicht ohne Weiteres eine Koppelung des Lizenzvertrags mit der Schutzdauer angenommen werden kann<sup>1415</sup>. Ein Urheberrechtslizenzvertrag gilt deshalb grundsätzlich als unbefristet, solange aus dem Vertragszweck nicht hervorgeht, dass die Parteien bei Vertragsschluss von einer Befristung ausgegangen sind<sup>1416</sup>. Bei den Creative-Commons-Lizenzen ist ein solcher Umweg über den Zweck des Vertrages aber gar nicht nötig, zumal die Lizenzen ausdrücklich eine Vertragslaufzeit bis zum Ablauf der Schutzfrist vorsehen. Auch wenn der Wortlaut der Lizenz etwas widersprüchlich von „zeitlich unbeschränkter“ Rechteeinräumung<sup>1417</sup> spricht, ist deshalb nach der hier vertretenen Meinung vom Vorliegen eines befristeten Dauerschuldverhältnisses auszugehen.

---

<sup>1412</sup> VETTER/GUTZWILLER, 700.

<sup>1413</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 949 f.

<sup>1414</sup> BGE 92 II 299, E. 3a; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 950; A. TROLLER, IGR II, 836.

<sup>1415</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 952; VON BÜREN, Lizenzvertrag, SIWR I/1, 375.

<sup>1416</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 952.

<sup>1417</sup> Vgl. Ziffer 3 Absatz 1 sowie Ziffer 7 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

### 3.1.2. Ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund

Befristete Dauerschuldverhältnisse enden bei Fehlen einer vertraglich vorgesehenen ordentlichen Kündigungsmöglichkeit normalerweise erst mit Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer<sup>1418</sup>. Da auch im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Lizenzen der im Vertragsrecht allgemein geltende Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt, sind die Parteien grundsätzlich verpflichtet, den abgeschlossenen Vertrag nach Treu und Glauben und somit bis zur vereinbarten Befristung zu erfüllen<sup>1419</sup>.

Diese Verpflichtung erhält durch den von Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannten Grundsatz der ausserordentlichen Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigen Gründen allerdings eine Einschränkung<sup>1420</sup>. Während das Gesetz für einige gesetzlich geregelte Dauerschuldverhältnisse ausdrücklich die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung aus wichtigen Gründen vorsieht<sup>1421</sup>, wird diese bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung mehrheitlich aus dem Schutz der Persönlichkeit i.S.v. Art. 27 ZGB abgeleitet<sup>1422</sup>. Da die grundsätzliche Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigen Gründen eine Ausnahme des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ darstellt, ist sie im Sinne einer ultima ratio nur dann zulässig, wenn keine mildereren Massnahmen zur Verfügung stehen<sup>1423</sup>. Das Recht auf Kündigung aus wichtigem Grund kann durch die Parteien auch nicht vertraglich wegbedungen werden<sup>1424</sup>.

Das Bundesgericht lässt eine ausserordentliche Kündigung mit Berufung auf das Vorliegen wichtiger Gründe dann zu, wenn einer Partei die vertragsgemässe Beendigung des Dauerschuldverhältnisses aufgrund veränderter Umstände ganz allgemein nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann<sup>1425</sup>. Voraussetzung ist, dass die Fortführung des Vertrages eine unzumutbare Einschränkung der Persönlichkeitsrechte der betreffenden Partei bedeuten würde, weshalb sie die Möglichkeit haben soll, sich vorzeitig aus der Vertragsbindung zu

---

<sup>1418</sup> VETTER/GUTZWILLER, 710; siehe aber HILTY, Lizenzvertragsrecht, 954 ff.

<sup>1419</sup> Vgl. KULL, 248.

<sup>1420</sup> VETTER/GUTZWILLER, 701; siehe auch HILTY, Lizenzvertragsrecht, 977 ff.; STIEGER, 11 f.; BK-BUCHER, N 200 zu Art. 27 ZGB; BGE 128 III 428, E. 3; BGer. 4A\_148/2011 vom 08.08.2011, E. 4.3.1.

<sup>1421</sup> So sieht z.B. Art. 266g OR die ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses aus wichtigen Gründen vor. Siehe auch Art. 337 Abs. 1 OR für den Arbeitsvertrag, Art. 418r Abs. 1 OR für den Agenturvertrag und Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 i.V.m. Art. 545 Abs. 2 OR für die einfache Gesellschaft.

<sup>1422</sup> VETTER/GUTZWILLER, 704 m.w.N.; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 956 f.; BK-BUCHER, N 365 zu Art. 27 ZGB.

<sup>1423</sup> CHERPILLOD, contrats de durée, N 241; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 983; VETTER/GUTZWILLER, 704.

<sup>1424</sup> BGE 89 II 35 f., E. 5; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 982 f.

<sup>1425</sup> Vgl. BGE 128 III 428, E. 3c.

befreien<sup>1426</sup>. Ein Vertrag kann nur dann ausserordentlich gekündigt werden, wenn die angerufenen Gründe sowohl objektiv aus der Sicht einer Drittperson als auch subjektiv aus der Sicht der kündigungswilligen Partei als wichtig erscheinen<sup>1427</sup>. Bei der Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes fällt das Gericht sodann einen Ermessensentscheid aufgrund einer objektiven Interessenabwägung unter Beachtung der Umstände im Einzelfall<sup>1428</sup>.

Im Zusammenhang mit Urheberrechtsverträgen spielen neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht die Urheberpersönlichkeitsrechte eine wichtige Rolle<sup>1429</sup>. Zu beachten ist, dass Verträge, die den Kernbereich der Urheberpersönlichkeitsrechte betreffen, von vornherein i.S.v. Art. 20 OR nichtig sind<sup>1430</sup>. Da der Abschluss eines Creative-Commons-Vertragsverhältnisses den unverzichtbaren Kernbereich der Urheberpersönlichkeitsrechte sowie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unberührt lässt, ist nicht leichthin anzunehmen, der Creative-Commons-Vertrag sei nichtig. Inwieweit bei einem Eingriff in die mittels einer Lizenz übertragenen Urheberpersönlichkeitsrechte (wie z.B. das Bearbeitungsrecht) vom Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine ausserordentliche Kündigung ausgegangen werden kann, ist im Einzelfall zu beurteilen. Die Besonderheiten des Creative-Commons-Vertrags als einem an die Allgemeinheit gerichteten Standardvertrag dürfen dabei nicht ausser Acht gelassen werden.

### **3.1.3. Vorliegen einer übermässigen Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB**

Nach Lehre und Rechtsprechung kann sich eine Partei eines Dauerschuldverhältnisses für dessen vorzeitige Beendigung auch auf das Bestehen einer übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB berufen, der eine zu weitgehende Einschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Handlungsfreiheit verbietet. Darüber hinaus schützt Art. 2 ZGB die Parteien vor einem Beharren auf einer übermässigen Bindung durch die andere Partei, indem ein solches Verhalten als zweckwidrige Rechtsausübung und somit als rechtsmissbräuchlich angesehen wird<sup>1431</sup>. Art. 27 Abs. 2 ZGB schützt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts aber nicht vor einer langen Vertragsdauer an sich, sondern vielmehr vor übermässiger Bindung

---

<sup>1426</sup> BGE 128 III 428, E. 3c.

<sup>1427</sup> VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 405.

<sup>1428</sup> BGE 128 III 428, E. 4; VETTER/GUTZWILLER, 704.

<sup>1429</sup> Vgl. vorne 90.

<sup>1430</sup> BGE 129 III 209, E. 2.2.

<sup>1431</sup> Vgl. zum ganzen BGE 114 II 159, E. 2a; BSK ZGB I-HUGUENIN, N 4 und 15 zu Art. 27; vgl. auch BK-UCHER, N 348-367 zu Art. 27 ZGB.

aufgrund sehr lange dauernder Verträge<sup>1432</sup>. Somit bleibt die Frage offen, wann eine lange Vertragsdauer als übermässige Bindung zu gelten hat.

Das Übermass der Bindung kann entweder in deren Intensität oder in deren Dauer begründet sein<sup>1433</sup>. Wann die Dauer einer Bindung als übermässig zu gelten hat, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall beurteilen<sup>1434</sup>. Entscheidend ist einerseits der Gegenstand der Beschränkung der betreffenden Bindung<sup>1435</sup>. Je stärker eine vertragliche Bindung die Betätigung des Verpflichteten im wirtschaftlichen Bereich einschränkt, desto schneller hat sie als übermässig zu gelten<sup>1436</sup>. Verpflichtet sich jemand zur Erbringung wiederkehrender Leistungen, wird bereits nach kürzerer Zeit von einem Übermass der entsprechenden Bindung ausgegangen, als wenn die Vertragspflicht lediglich in einem Verzicht besteht<sup>1437</sup>. Es sind aber auch andere Kriterien massgeblich, wie die fehlende Parität und der Grad an Fremdbestimmtheit, oder entlastende Faktoren wie allfällige Gegenleistungen, sonstige persönliche Vorteile des Verpflichtenden, das Abwälzen von Risiken sowie die geringfügige oder fehlende Beschwer<sup>1438</sup>.

Mit Abschluss des Creative-Commons-Vertrags verpflichtet sich der Lizenzgeber zum Verzicht auf die Geltendmachung seines Ausschliesslichkeitsrechts für die restliche Dauer des urheberrechtlichen Schutzes des betreffenden Werks. Über diese Unterlassungspflicht hinaus treffen ihn während der Vertragsdauer keine weiteren Pflichten, insbesondere keine Pflichten zu einem positiven Tun. Namentlich behält der Lizenzgeber das Recht, den Lizenzgegenstand unter einer anderen Lizenz weiterzuverbreiten oder die Verbreitung des Lizenzgegenstandes ganz einzustellen<sup>1439</sup>. Zudem werden die Haftungs- und Gewährleistungspflichten weitestgehend wegbedungen, sodass der Lizenzgeber gegenüber den Lizenznehmern nur für vorsätzliches und grobfahrlässiges Handeln haftet<sup>1440</sup>. Der Lizenzgeber behält aufgrund der Nicht-Exklusivität der Creative-Commons-Lizenzen zudem das Recht, den Lizenzgegenstand selber zu nutzen, und kann mit Dritten beliebige Vereinbarungen bezüglich solcher Rechte abschliessen, die nicht von der Creative-Commons-Lizenzierung betroffen sind. Schliesslich

---

<sup>1432</sup> BGE 114 II 159, E. 2b.

<sup>1433</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN, N 10 zu Art. 27.

<sup>1434</sup> BK-BUCHER, N 269 zu Art. 27 ZGB; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 826.

<sup>1435</sup> BGE 114 II 159, E. 2a; BGE 93 II 300, E. 7.

<sup>1436</sup> Vgl. BGE 93 II 290, E. 7; BGE 62 II 97, E. 4c.

<sup>1437</sup> BGE 93 II 290, E. 7.

<sup>1438</sup> Zu den Kriterien zur Beurteilung der Übermässigkeit vgl. BK-BUCHER, N 274 ff. zu Art. 27 ZGB.

<sup>1439</sup> Wobei die Vertragsbeziehung zum Lizenznehmer bestehen bleibt, vgl. Ziffer 7 lit. b der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1440</sup> Vgl. vorne 180.

kommt als entlastendes Element hinzu, dass bestimmte „Risiken“ des Creative-Commons-Vertrags, wie etwa die Unmöglichkeit des Abschlusses einer lukrativen Exklusivlizenz, bei Vertragsschluss bereits voraussehbar sind. Die Verwirklichung eines solchen Risikos, das von den Parteien (oder von einer der Parteien) bei Vertragsschluss bewusst übernommen wurde, kann nicht zur Beurteilung des Übermasses einer vertraglichen Bindung herangezogen werden<sup>1441</sup>.

Unter Würdigung all dieser Umstände wird wohl kaum je ein übermässiger Charakter der Bindung mittels einer Creative-Commons-Lizenz anzunehmen sein. Auch wenn die Creative-Commons-Verträge somit sehr lange dauern können, ist doch zu berücksichtigen, dass sie sich in wichtigen Punkten von herkömmlichen (Individual-)Lizenzverträgen im Urheberrecht unterscheiden. So sind sie nicht darauf ausgerichtet, dass lediglich eine bestimmte Person (oder eine kleine Anzahl von Personen), unter Ausschluss des Urhebers selbst, von der Verwertung eines Werks profitieren. Vielmehr hat jede Person (auch der Urheber) die Möglichkeit, das Werk zu nutzen. Im Ergebnis kommen dem Lizenzgeber nach einer Creative-Commons-Lizenzierung also mehr Rechte zu, als wenn er sein Urheberrecht an einen Dritten überträgt, zumal die absolutrechtlich wirkende Übertragung zur Folge hat, dass der Urheber sein Werk selbst nicht mehr nutzen darf. Da den Creative-Commons-Lizenzgeber zudem weder Pflichten noch eine über die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hinausgehende Verantwortlichkeit trifft, belastet die Creative-Commons-Lizenzierung den Lizenzgeber in dieser Hinsicht im Ergebnis nicht mehr als eine absolutrechtlich wirkende Rechteübertragung. Bejaht man also die Möglichkeit der Rechteübertragung, so muss auch die Creative-Commons-Lizenzierung trotz langer Vertragsdauer möglich sein.

### **3.2. Clausula rebus sic stantibus**

Neben der Möglichkeit der Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses bei Vorliegen wichtiger Gründe kann die Aufrechterhaltung eines Vertrags auch durch eine grundlegende Veränderung der Verhältnisse unzumutbar werden<sup>1442</sup>. Im Unterschied zur Vertragsauflösung aus wichtigem Grund kommt die *clausula rebus sic stantibus* nur dann zur Anwendung, wenn sich Veränderungen in den äusseren Umständen ergeben, die alle Vertragsparteien gleicher-

---

<sup>1441</sup> Vgl. BK-BUCHER, N 286 zu Art. 27 ZGB.

<sup>1442</sup> BSK OR I-WIEGAND, N 95 zu Art. 18; KUKO OR-WIEGAND, N 66 zu Art. 18.



massen treffen und eine gravierende Äquivalenzstörung herbeiführen<sup>1443</sup>. Die Veränderung der Umstände darf dabei nicht voraussehbar gewesen sein<sup>1444</sup>.

Im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung ist insbesondere eine Konstellation denkbar, bei der sich die exklusive Verbreitung des Lizenzgegenstandes nach dessen Veröffentlichung unter einer Creative-Commons-Lizenz plötzlich als lukrativ erweist, da sich ein Verwerter findet, der für eine Exklusivlizenz oder gar für eine Übertragung der Rechte am Lizenzgegenstand viel Geld zu zahlen bereit wäre. Hier stellt sich die Frage, ob der Lizenzgeber die bereits an Dritte eingeräumten Creative-Commons-Lizenzen mit der Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus* widerrufen kann. Selbst wenn aber eine Veränderung der äusseren Umstände vorliegt, fehlt es in diesem Fall doch an der Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit.

Die Verwirklichung des „Risikos des Entdecktwerdens“ durch einen zahlungswilligen vermittelnden Marktteilnehmer ist bei der Creative-Commons-Lizenzierung immer vorhanden und dem Lizenzgeber auch bewusst. Nicht zuletzt werden Creative-Commons-Lizenzen oft genau aus dem Grund eingesetzt, um ein Werk oder einen Urheber bekannt zu machen. Will der Lizenzgeber seine Möglichkeit zur Exklusivlizenzierung aufrechterhalten, so muss er die nötigen finanziellen Mittel für eine proprietäre Verbreitung aufwenden. Zudem hat er auch im Rahmen der Creative-Commons-Lizenzierung die Möglichkeit, eine Lizenz zu wählen, die ihm die Nutzungsrechte zu kommerziellen Zwecken vorbehält. Wählt er hingegen eine umfassende Creative-Commons-Lizenz für die Verbreitung, hat er die Risiken zu tragen, die sich für ihn aus der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf die Vermarktungsmöglichkeiten seines Werks ergeben. Insbesondere hat keine der Parteien einen Anspruch darauf, dass sich die Vertragserfüllung für sie lohnt und sie den Vertrag aufheben kann, wenn das nicht mehr zutrifft<sup>1445</sup>.

Schliesslich gilt auch hier zu beachten, dass sich die Creative-Commons-Lizenzierung mit Bezug auf die Belastungssituation des (vormaligen) Rechteinhabers im Ergebnis nicht von der Situation nach der dinglich wirkenden Übertragung des Urheberrechts unterscheidet. Nach einer Übertragung der Urheberrechte hätte der Lizenzgeber unter Vorbehalt der Geltendma-

---

<sup>1443</sup> BGE 128 III 428, E. 3c; KUKO OR-WIEGAND, N 69 und 73 zu Art. 18.

<sup>1444</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 884; STIEGER, 13; BGE 127 III 300, E. 5b; BK-KRAMER, N 337 ff. zu Art. 18 OR; BSK OR I-WIEGAND, N 101 ff. zu Art. 18; ZK JÄGGI/GAUCH, N 665 zu Art. 18; KUKO OR-WIEGAND, N 70 zu Art. 18; differenzierend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1298 f.

<sup>1445</sup> BGE 59 II 264, E. 9; BGE 100 II 345, E. 2b.

chung eines Willensmangels aber ebenfalls keine Möglichkeit, den Vertrag rückgängig zu machen und zwar selbst dann nicht, wenn die Rechteeinräumung unentgeltlich erfolgt wäre.

### **3.3. Mängel bei Vertragsschluss**

Schliesslich bleibt zu prüfen, ob sich der Lizenzgeber auf einen Willensmangel berufen kann. Im Vordergrund steht hier die Irrtumsanfechtung.

#### **3.3.1. Erklärungsirrtum (Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR)**

Es ist denkbar, dass der Creative-Commons-Lizenzgeber sich gar nicht bewusst ist, dass seine Erklärung bezüglich des Lizenzgegenstandes – die in der Anfügung des Creative-Commons-Symbols geschieht – zum Abschluss von Verträgen führen kann. Wer irrtümlicherweise eine Erklärung abgibt, die zu einem Vertragsschluss führt, obwohl dieser Vertrag gar nicht gewollt ist, unterliegt einem Erklärungsirrtum i.S.v. Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR<sup>1446</sup>. Im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Creative-Commons-Vertrags wurde bereits festgehalten, dass sich der Lizenzgeber im Sinne eines normativen Konsenses auch dann auf seine Erklärung behaften lassen muss, wenn er eigentlich gar keine Erklärung abgeben wollte, zumal der Nutzer in seinem Vertrauen auf das angefügte Creative-Commons-Symbol zu schützen ist<sup>1447</sup>.

Der Schutz des Vertrauens des Nutzers in das, was er nach guten Treuen verstehen durfte und musste, sagt nach h.L. aber noch nichts darüber aus, ob sich die Vertragsparteien auf einen Erklärungsirrtum berufen können<sup>1448</sup>. Selbst wenn sich der Lizenzgeber nach dieser Meinung also bei der Konsensprüfung darauf behaften lassen muss, was der Lizenznehmer in guten Treuen verstehen durfte und musste, kann er sich doch darauf berufen, er habe in Wirklichkeit etwas anderes erklären wollen als das, was der Lizenznehmer verstanden habe. Eine andere Lehrmeinung, wie sie etwa VON BÜREN vertritt, geht davon aus, dass das Vertrauensprinzip abschliessend über die Wirksamkeit des Vertrags entscheidet und es somit gar keinen wesentlichen Erklärungsirrtum geben kann<sup>1449</sup>. Die Mittelmeinung von SCHÖNENBERGER/JÄGGI will hingegen die Berufung auf den wesentlichen Erklärungsirrtum nur bei vollkommen zweiseitig-

---

<sup>1446</sup> BSK OR I-SCHWENZER, N 8 und 11 zu Art. 24; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 819; DASSER, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, N 5 zu Art. 24.

<sup>1447</sup> Vgl. vorne 169.

<sup>1448</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 916 ff.; gl. M. BSK OR I-SCHWENZER, N 4 zu Vor Art. 23 31; BK-SCHMIDLIN, N 174 m.w.N.

<sup>1449</sup> B. VON BÜREN, OR AT, 235 ff.; diese Meinung wurde vom Bundesgericht allerdings abgelehnt, siehe BGE 105 II 23, E. 2b.

gen oder mehrseitigen Verträgen zulassen, nicht hingegen bei unvollkommen zweiseitigen Verträgen sowie bei einseitigen Rechtsgeschäften<sup>1450</sup>.

Folgt man der h.L., kann sich der Creative-Commons-Lizenzgeber also dann auf einen Erklärungsirrtum berufen, wenn er sich in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Ein Irrtum gilt dann als wesentlich, wenn davon auszugehen ist, dass der Irrende seine Erklärung bei Kenntnis der wahren Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses<sup>1451</sup> nicht so abgegeben hätte und ihm das Gebundensein an seine Erklärung in subjektiver und objektiver Hinsicht nicht mehr zumutbar ist<sup>1452</sup>. Macht der Creative-Commons-Lizenzgeber geltend, er sei sich nicht darüber im Klaren gewesen, mit der Beifügung eines Creative-Commons-Symbols bestimmte Rechte an seinem Werk freizugeben, so hat dies wohl als wesentlicher Irrtum zu gelten, zumal er das Symbol weggelassen hätte, wenn er sich der Folgen des Hinzufügens bewusst gewesen wäre.

Gemäss Rechtsprechung<sup>1453</sup> und h.L.<sup>1454</sup> ist für die Irrtumsanfechtung zudem nicht relevant, ob sich der Irrende seinen Irrtum vorwerfen lassen muss. Hat er den Irrtum zu vertreten, trifft ihn lediglich eine Schadenersatzpflicht nach Art. 26 OR.

Im Fall von Massenverträgen wie den Creative-Commons-Lizenzen ist diese Rechtsfolge allerdings unbefriedigend, zumal der Rechteinhaber keine Kenntnis darüber hat, wer ihm als Vertragspartner gegenüber steht, und die Nutzer zudem immer damit rechnen müssen, dass der Rechteinhaber den Vertrag unter Berufung auf einen Erklärungsirrtum anzufechten versucht. Will man die Möglichkeit der Berufung des Creative-Commons-Lizenzgebers auf einen Erklärungsirrtum überhaupt zulassen, wäre es deshalb sinnvoller, dies nur dann zu tun, wenn den Irrenden bezüglich seines Irrtums kein Verschulden trifft<sup>1455</sup>. Von einem Verschulden seitens des Rechteinhabers wäre aber regelmässig dann auszugehen, wenn er ein Creative-Commons-Symbol verwendet, ohne sich über die rechtlichen Folgen zu informieren.

### **3.3.2. Grundlagenirrtum (Art. 23 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)**

Eine Vertragspartei kann sich auf das Vorliegen eines Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR berufen, wenn sie sich im Hinblick auf einen bestimmten Sachverhalt irrt, der von

---

<sup>1450</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 381 ff. zu Art. 1 OR.

<sup>1451</sup> BGE 56 II 96, E. 3.

<sup>1452</sup> BSK OR I-SCHWENZER, N 4 zu Art. 23.

<sup>1453</sup> BGE 117 II 218, E. 3; BGE 105 II 23, E. 2b.

<sup>1454</sup> BSK OR I-Schwenzer, N 7 zu Art. 23; B. BERGER, Schuldrecht, N 1020; BK-SCHMIDLIN, N 5 zu Art. 26; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 924 und 935.

<sup>1455</sup> Was bei einem Erklärungsirrtum selten der Fall ist, BSK OR I-SCHWENZER, N 2 zu Art. 26.

ihr „nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde“. Strittig ist insbesondere, ob ein Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt möglich ist. Wird die Möglichkeit eines Irrtums über die Zukunft bejaht, dann könnte sich ein Creative-Commons-Lizenzgeber bei plötzlich eintretendem Erfolg seines Werks darauf berufen, er sei davon ausgegangen, sein Werk liesse sich ohnehin nicht gewinnbringend vermarkten. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass ein solcher Irrtum über zukünftige Ereignisse nicht möglich ist<sup>1456</sup>. Eine andere Lehrmeinung bejaht im Grundsatz die Möglichkeit eines Irrtums über zukünftige Sachverhalte (allerdings meist mit bestimmten Einschränkungen)<sup>1457</sup>. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Frage ist nicht eindeutig. In seiner jüngsten Rechtsprechung geht es davon aus, dass ein Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt auch dann vorliegt, „wenn zwar nur die sich auf den Irrtum berufende Partei fälschlicherweise annahm, ein zukünftiges Ereignis sei sicher, aber auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war“<sup>1458</sup>. Da es bei der Creative-Commons-Lizenzierung am Kontakt zwischen den Vertragsparteien fehlt und die Lizenznehmer das Werk oft nicht vom Lizenzgeber selbst, sondern durch einen Boten erhalten, wird die vom Bundesgericht verlangte Voraussetzung des Erkennenmüssens der Bedeutung eines zukünftigen Ereignisses für den Lizenzgeber in den allermeisten Fällen nicht gegeben sein. Zudem besteht die Möglichkeit des plötzlichen Erfolges beim Einsatz einer Creative-Commons-Lizenz immer und wird durch die Open-Content-Lizenzierung nicht selten auch angestrebt. Aus diesem Grund wird der Lizenzgeber wohl selten davon ausgehen, das Ausbleiben des Erfolges sei sicher. Vielmehr handelt es sich bei Voraussagen solcher Art um spekulative Erwartungen, die von vornherein nicht Gegenstand eines Irrtums sein können<sup>1459</sup>. Selbst wenn aber das Vorliegen eines Irrtums bejaht wird, sollte die Berufung darauf ebenso wie bei der *clausula rebus sic stantibus* dann nicht möglich sein, wenn sich das dem Vertrag immanente Risiko verwirklicht.

Aus diesen Gründen ist die Berufung auf einen Grundlagenirrtum seitens des Lizenzgebers im Zusammenhang mit einer unerwarteten Marktentwicklung abzulehnen.

---

<sup>1456</sup> So GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 801; ZK JÄGGI/GAUCH, N 610 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>1457</sup> Vgl. etwa KUKO OR-BLUMER, N 12 zu Art. 24, die dann vom Vorliegen eines Irrtums i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ausgeht, wenn er sich auf eine bestimmte, voraussehbare Tatsache bezieht, deren Eintritt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von beiden Parteien als sicher angesehen wurde; vgl. zudem BSK OR I-SCHWENZER, N 18 zu Art. 24.

<sup>1458</sup> BGE 118 II 297, E. 2b; BGE 117 II 218, E. 4.

<sup>1459</sup> Vgl. DASSER, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, N 16 zu Art. 24; BGer. vom 30.05.2007, 4A.28/2007, E. 2.3.

### 3.4. Zwischenfazit

Gemäss den vorstehenden Ausführungen sind die Creative-Commons-Lizenzen, wie alle Dauerschuldverhältnisse, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes bzw. einer übermässigen Bindung grundsätzlich einseitig widerrufbar. Zudem kann sich eine Vertragspartei bei gegebenen Voraussetzungen auf das Vorliegen eines Irrtums berufen, sofern sie den geltend gemachten Irrtum nicht ihrer eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat und sofern sich nicht lediglich das dem Vertrag immanente Risiko verwirklicht.

Regelmässig wird nur der Lizenzgeber überhaupt ein Interesse am Widerruf bzw. der Irrtumsanfechtung haben, zumal der Lizenznehmer nicht dazu verpflichtet ist, den Lizenzgegenstand zu nutzen und sich den übrigen Pflichten – wie der Pflicht zur Weitergabe unter den gleichen Bedingungen etc. – dadurch entziehen kann, dass er den Lizenzgegenstand nicht in einer Weise verwendet, die über das gesetzlich zulässige Mass hinausgeht.

Auf Seiten des Lizenzgebers wird kaum je ein wichtiger Grund oder ein Übermass der Bindung vorliegen, da die Creative-Commons-Lizenzen die Urheberpersönlichkeitsrechte weitestgehend unberührt lassen und den Lizenzgeber im Übrigen nur zu einem Unterlassen verpflichten. Aufgrund der Wegbedingung der Haftungs- und Gewährleistungspflicht sowie des Rechts des Lizenzgebers, die Verbreitung des Lizenzgegenstandes zu beenden oder diesen unter eine andere Lizenz zu stellen, wird ein Übermass der Bindung zudem kaum je anzunehmen sein. Überdies bleibt dem Lizenzgeber aufgrund der Nicht-Exklusivität der Creative-Commons-Lizenzen immer die Möglichkeit, den Lizenzgegenstand selbst zu nutzen.

Auch eine allfällige Unmöglichkeit der Exklusivlizenzierung an einen Dritten aufgrund des Bestehens von durch Creative-Commons-Lizenzen eingeräumten Nutzungsrechten stellt keinen wichtigen Grund dar, der eine ausserordentliche Kündigung der Lizenz rechtfertigen würde<sup>1460</sup>. Ebenso wenig lässt sich in einem solchen Fall die *clausula rebus sic stantibus* anrufen, da der Lizenzgeber mit der Möglichkeit, dass sich die Exklusivlizenzierung eines Creative-Commons-lizenzierten Gegenstandes plötzlich als lukrativ erweist, bereits dann rechnen muss, wenn er den Lizenzgegenstand unter die Creative-Commons-Lizenz stellt. Aus demselben Grund ist die Berufung auf einen Grundlagenirrtum in dieser Hinsicht nicht möglich.

Es ist deshalb festzuhalten, dass die Möglichkeit des einseitigen Widerrufs einer Creative-Commons-Lizenz aus wichtigem Grund bzw. übermässiger Bindung oder bei Vorliegen eines

---

<sup>1460</sup> Vgl. vorne 234.

Willensmangels zwar grundsätzlich besteht, die nötigen Voraussetzungen dazu in der überwiegenden Zahl der Fälle jedoch nicht gegeben sind. In einem weiteren Schritt stellt sich nun die Frage nach den Folgen dieser grundsätzlichen Möglichkeit eines einseitigen Widerrufs.

### **3.5. Folgen der Kündbarkeit bzw. Anfechtbarkeit**

#### **3.5.1. Problematik**

Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung<sup>1461</sup>. Die Problematik der Kündbarkeit eines Creative-Commons-Vertrags liegt darin, dass der Lizenzgeber in den meisten Fällen nicht weiss, wer ihm als Lizenznehmer gegenübersteht, zumal es für das Zustandekommen des Vertragsverhältnisses nicht nötig ist, dass der Lizenzgeber von der Annahme seines Angebots zum Vertragsschluss durch den Lizenznehmer Kenntnis erhält<sup>1462</sup>. Solange dem Lizenznehmer ein solcher Widerruf nicht zugegangen ist, darf er den Lizenzgegenstand somit lizenzkonform nutzen. Die Beweislast bezüglich des Zugangs des Widerrufs trifft nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB den Lizenzgeber<sup>1463</sup>.

Beim Widerruf einer Creative-Commons-Lizenz aufgrund einer übermässigen Bindung kommt erschwerend hinzu, dass der Lizenzgeber mangels Kenntnis über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zumeist nicht weiss, wie lange ein Creative-Commons-Vertragsverhältnis schon besteht. Auch bezüglich der Dauer des Vertrags trifft den Lizenzgeber die Beweislast, doch ist der Lizenznehmer nach Treu und Glauben zur Auskunft darüber verpflichtet, wie lange er den Lizenzgegenstand schon nutzt<sup>1464</sup>.

Für den Lizenznehmer besteht bei der Nutzung eines Creative-Commons-lizenzierten Inhalts somit kein grosses Risiko eines Widerrufs, zumal die hierfür nötigen Voraussetzungen in der überwiegenden Anzahl der Fälle ohnehin nicht gegeben sind und die Beweislast den Lizenzgeber trifft.

Die fehlende Kenntnis über die Vertragspartner erschwert schliesslich auch die Anfechtung des Creative-Commons-Vertrags infolge eines Irrtums, zumal die Unverbindlichkeit eines Vertrags ebenfalls mit einer (empfangsbedürftigen<sup>1465</sup>) Erklärung gegenüber einer bestimmten

---

<sup>1461</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 959; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 180 und 1280; BGE 113 II 259, E. 2a. Zum Zugang einer elektronisch übermittelten Willenserklärung vgl. vorne 158.

<sup>1462</sup> Vgl. vorne 165 ff.

<sup>1463</sup> Vgl. BGer. 9C\_855/2010 vom 08.02.2011, E. 3.2.

<sup>1464</sup> Zur Auskunftspflicht im Prozess gestützt auf Treu und Glauben vgl. GRONER, 112.

<sup>1465</sup> BSK OR I-SCHWENZER, N 10 zu Art. 31.

Person geltend gemacht werden muss<sup>1466</sup>. Möglich bleibt eine Anfechtungserklärung gegenüber einzelnen (bekannten) Lizenznehmern. Kommt es zu einem Gerichtsverfahren, hat der Rechteinhaber, der sich auf das Vorliegen eines wesentlichen Erklärungsirrtums beruft, das Vorliegen eines Irrtums, seine Wesentlichkeit sowie den Kausalzusammenhang zwischen dem Irrtum und der abgegebenen Erklärung zu beweisen<sup>1467</sup>.

### **3.5.2.        Rechtsfolgen**

#### **3.5.2.1.        Bei ausserordentlicher Kündigung aus wichtigem Grund**

Die ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist nur wirksam, wenn sie unmittelbar nach dem Entstehen des wichtigen Grundes ausgesprochen wird. Wie lange die betroffene Partei mit der Mitteilung der ausserordentlichen Kündigung zuwarten kann, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden<sup>1468</sup>. Weil das Ausfindigmachen eines Lizenznehmers beim Vorliegen einer Creative-Commons-Lizenz mitunter einige Zeit in Anspruch nimmt, müssen dem Lizenzgeber je nach dem mehr als zwei Wochen gewährt werden<sup>1469</sup>. Mit der ausserordentlichen Kündigung endet das Vertragsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung beim Empfänger ex nunc, womit sämtliche Vertragserfüllungspflichten dahinfallen<sup>1470</sup>. Für den Creative-Commons-Lizenznehmer bedeutet dies, dass er seine Berechtigung zur vertragsgemässen Nutzung des Lizenzgegenstandes verliert, sobald ihm die Kündigungserklärung des Lizenzgebers zugeht.

Zwar wird beim herkömmlichen Lizenzvertrag zumindest solange das Eintreten eines Rückabwicklungsverhältnisses bejaht, wie die typische Dauerleistung noch nicht aufgenommen wurde<sup>1471</sup>, beim Creative-Commons-Vertrag aber tritt diese Situation aber deshalb nicht ein, da der Vertrag erst dann zustande kommt, wenn der Lizenzgeber mit seiner Unterlassungspflicht „beginnt“. Erfolgt die ausserordentliche Kündigung, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt und somit ungerechtfertigt, entfaltet sie nach h.L. und Rechtsprechung keine Rechts-

---

<sup>1466</sup> Für die Geltendmachung der Unverbindlichkeit infolge eines Willensmangels ist keine Anfechtungsklage nötig, vgl. Art. 31 Abs. 1 OR sowie BSK OR I-SCHWENZER, N 5 zu Art. 31.

<sup>1467</sup> BSK OR I-SCHWENZER, N 12 zu Art. 23.

<sup>1468</sup> VETTER/GUTZWILLER, 705.

<sup>1469</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 990, welcher davon ausgeht, dass zwei Wochen „nicht unbedingt zu kurz“ sind, wenn die Kündigung ohne Weiteres möglich ist. Im Zusammenhang mit einer Creative-Commons-Lizenz wird die Kündigung aber i.d.R. mit einem zusätzlichen Aufwand zur Eruiierung der fehlbaren Vertragspartei einhergehen.

<sup>1470</sup> VETTER/GUTZWILLER, 706 f.; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 990.

<sup>1471</sup> So HILTY, Lizenzvertragsrecht, 995.

wirkungen<sup>1472</sup> und der Creative-Commons-Lizenznehmer darf den Lizenzgegenstand weiter nutzen. Eine allfällig bestehende Unsicherheit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes kann der Lizenznehmer mittels einer negativen Feststellungsklage beseitigen.

### 3.5.2.2. Bei Bestehen einer übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB

Art. 27 Abs. 2 ZGB soll vor rechtsgeschäftlichen Bindungen schützen, die gegen das Persönlichkeitsrecht verstossen<sup>1473</sup>. Das Bundesgericht ging in seiner früheren Rechtsprechung von der vollständigen oder teilweisen Nichtigkeit einer nach Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässigen Bindung aus, da eine solche gegen die guten Sitten verstosse und somit den Nichtigkeitstatbestand von Art. 20 Abs. 1 OR erfülle<sup>1474</sup>. In seiner neuen Rechtsprechung folgt das Bundesgericht allerdings der von BUCHER vertretenen Ansicht<sup>1475</sup>, wonach eine übermässige Bindung nur dann einen Verstoss gegen die guten Sitten darstelle und deshalb von Amtes wegen als nichtig zu betrachten sei, wenn der Vertrag den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person betreffe<sup>1476</sup>. Den Ausführungen des Bundesgerichts lässt sich zudem entnehmen, dass nach dieser Meinung kein Verstoss gegen die guten Sitten i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR und somit keine von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit vorliegt, sofern eine Bindung an sich zulässig, jedoch das Mass als übermässig zu beurteilen ist. Vielmehr handle es sich dabei um einen Verstoss gegen das Recht der Persönlichkeit<sup>1477</sup>. Dies hat zur Folge, dass eine solche zulässige, aber übermässige Bindung nur dann zur Auflösung des Vertrages führt, wenn die betroffene Person sich von dieser Bindung lösen will. Die Rechtsfolgen bei Vorliegen einer übermässigen Bindung sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts somit dieselben wie beim Bestehen eines wichtigen Grundes, indem die Berufung des Lizenzgebers auf das Bestehen einer übermässigen Bindung den Wegfall der Vertragspflichten ex nunc zur Folge hat.

### 3.5.2.3. Bei Irrtumsanfechtung

Gemäss Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat, unverbindlich. Die Folgen dieser einseitigen Unverbindlichkeit

---

<sup>1472</sup> BGE 133 III 360, E. 8.1.2; differenzierend HILTY, Lizenzvertragsrecht, 992 ff; vgl. allgemein auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 152.

<sup>1473</sup> Vgl. BK-BUCHER, N 4 zu Art. 27 ZGB.

<sup>1474</sup> BGE 84 II 355, E. 3; BGE 106 II 369, E. 4; BGE 112 II 433, E. 3; BGE 114 II 159, E. 2c; BGE 120 II 35, E. 4a; STIEGER, 13; ausführlich BK-BUCHER, N 524, N 532 ff. zu Art. 27 ZGB.

<sup>1475</sup> BK-BUCHER, N 114 ff., insbes. N 127 zu Art. 27 ZGB.

<sup>1476</sup> BGE 129 III 209, E. 2.2.

<sup>1477</sup> Ein Teil der Lehre geht entgegen dieser Ansicht davon aus, dass sich die Rechtsfolgen eines Verstosses gegen Art 27 Abs. 2 ZGB immer aus Art. 20 OR ergeben, so BK-KRAMER, N 212 ff. und N 370 ff. zu Art. 19-20 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 685 ff.; BSK ZGB I-HUGUENIN, N 20 zu Art. 27; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 829.



für bereits erbrachte Leistungen sind in der Lehre umstritten<sup>1478</sup>. Für das Creative-Commons-Vertragsverhältnis hat der diesbezügliche Theorienstreit jedoch keine besondere Relevanz, weil es bei der Anfechtung eines Creative-Commons-Lizenzvertrags lediglich um die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs des Rechteinhabers geht und nicht um die Rückgabe von bereits Geleistetem. Die Irrtumsanfechtung eines Creative-Commons-Lizenzvertrags hat somit zur Folge, dass der Lizenznehmer den Lizenzgegenstand für die Zukunft nicht mehr in einem über die Schrankenbestimmungen hinausgehenden Mass nutzen darf.

Da eine allfällige Vorwerfbarkeit des Irrtums nach der hier vertretenen Ansicht bereits als Voraussetzung für die Irrtumsanfechtung zu prüfen ist, haftet der Rechteinhaber dem Lizenznehmer infolge einer Irrtumsanfechtung mangels Verschuldens nicht für den entstandenen Schaden. Wird die Entschuldbarkeit des Irrtums nicht bereits als Voraussetzung für die Irrtumsanfechtung geprüft, so hat der Lizenznehmer bei gegebenem Verschulden des Rechteinhabers nach Art. 26 Abs. 1 OR einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, wobei der Richter nach Abs. 2 der Bestimmung auf Ersatz weiteren Schadens erkennen kann, wenn dies der Billigkeit entspricht.

Die Anfechtung hat gemäss Art. 31 Abs. 1 und 2 OR innerhalb eines Jahres ab Entdeckung des Irrtums zu erfolgen. Bleibt aber auch nur ein Werkexemplar des betreffenden Lizenzgegenstandes im Umlauf, kann es auch noch nach einem Jahr seit Entdeckung des Irrtums durch den Rechteinhaber zum Abschluss von Creative-Commons-Lizenzverträgen kommen – zumal der Antrag zum Vertragsschluss praktisch nicht widerrufen werden kann. Bejaht man die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung lediglich unter den oben beschriebenen engen Voraussetzungen – insbesondere nur dann, wenn den Rechteinhaber kein Verschulden trifft –, so wäre es gerechtfertigt, diese auch nach einem Jahr noch zuzulassen, wenn der Rechteinhaber Kenntnis von einem neuen Lizenznehmer erhält. De lege lata ist dies aber aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes nicht möglich.

### **3.6. Fazit**

Der Nutzer eines Creative-Commons-lizenzierten Werks kann grds. von der Gültigkeit der betreffenden Creative-Commons-Lizenz während der urheberrechtlichen Schutzfrist des Lizenzgegenstandes ausgehen, ohne jederzeit mit einem Widerruf rechnen zu müssen. Dennoch kommt dem Lizenzgeber in einigen, wenn auch sehr selten auftretenden Situationen das Recht zu, sich aus dem Creative-Commons-Vertragsverhältnis zu lösen. Dies ist zum einen dann der

---

<sup>1478</sup> Vgl. für den diesbezüglichen Theorienstreit statt vieler BSK OR I-SCHWENZER, N 8 ff. zu Art. 23.

Fall, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, aufgrund dessen es dem Lizenzgeber nicht zumutbar ist, seine Vertragspflicht zu erfüllen, zum anderen besteht für den Lizenzgeber die Möglichkeit, sich unter bestimmten Umständen auf die Übermäßigkeit der vertraglichen Bindung oder auf das Vorliegen eines Irrtums zu berufen. Da aber auch im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Lizenzen der allgemeine Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt, sind an die Bejahung der Auflösbarkeit aus wichtigem Grund oder aufgrund übermäßiger Bindung ohnehin schon hohe Anforderungen zu stellen, die im Zusammenhang mit der Creative-Commons-Lizenzierung kaum je erfüllt sein werden. Hinzu kommt, dass die Kündigungs- bzw. Anfechtungserklärung nur dann Wirkung entfalten kann, wenn sie dem Lizenznehmer zugeht. Da der Lizenzgeber die Identität der Lizenznehmer meist nicht kennt, ist ein solcher Zugang in den meisten Fällen von vornherein nicht möglich.

#### **4. Abgrenzung der kommerziellen von der nichtkommerziellen Nutzung**

##### **4.1. Problem**

Bei sämtlichen Lizenzen, die nur eine nichtkommerzielle Nutzung erlauben, stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zwischen kommerziellen und nichtkommerziellen Nutzungshandlungen. Allgemein umstritten ist dies z.B. beim Upload eines Werks auf eine Filesharing-Plattform oder bei der Veröffentlichung eines Werks auf einem werbefinanzierten Blog.

##### **4.2. Regelung in den Lizenztexten und Diskussion im Rahmen der Version 4.0**

Die Creative-Commons-Lizenzen mit dem Lizenzelement *Nicht kommerziell* definieren die kommerzielle Nutzung als „vorrangig vorgesehen für oder gerichtet auf einen geschäftlichen Vorteil oder eine geldwerte Vergütung“<sup>1479</sup>. Neben dieser allgemeinen Definition wird klargestellt, dass der Austausch des Lizenzgegenstands gegen andere urheberrechtlich geschützte Werke oder Leistungen auf dem Weg des digitalen File-Sharings als nichtkommerzielle Nutzung gilt. Im Rahmen der Entwicklung der neuen Version 4.0 wird die Klausel *Nicht kommerziell* im Allgemeinen und die genaue Definition der nichtkommerziellen Nutzung im Speziellen rege diskutiert. Während die eine Seite eine Abschaffung der Klausel fordert, da die Einschränkung auf die nichtkommerzielle Nutzung in ihren Augen zu einer „Nichtoffenheit“ des Inhalts führe, die mit dem Open-Content-Gedanken nicht vereinbar sei, fordern andere eine noch detailliertere Definition des Begriffs „Nicht kommerziell“ mit weite-

---

<sup>1479</sup> Vgl. Ziffer 1 lit. k der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

ren Klarstellungen einzelner Nutzungen wie dies z.B. in der Version 3.0 bezüglich Filesharing gemacht wurde<sup>1480</sup>.

#### 4.3. Regelung im Gesetz?

Der Begriff der „kommerziellen Nutzung“ wird im Gesetz nicht definiert. Erwähnung findet die Verwendung eines urheberrechtlich geschützten Werks zur Verfolgung eines wirtschaftlichen oder kommerziellen Zwecks allerdings in Art. 24 Abs. 1<sup>bis</sup> URG im Zusammenhang mit der Herstellung von notwendigen Werkexemplaren zur Sicherung und Erhaltung der Bestände von Bibliotheken und anderen öffentlich zugänglichen Einrichtungen. Die Botschaft nennt als Beispiele für einen solchen wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck die Einrichtung einer Datenbank, über die gespeicherte Werke abgerufen werden können, oder das Kopieren eines Werkexemplars wie einer CD oder DVD, um diese für die Archivierung nicht kaufen zu müssen<sup>1481</sup>. In diesem Sinne wird im Zusammenhang mit Art. 24 Abs. 1<sup>bis</sup> URG von einem weiten Begriff der Verfolgung eines „wirtschaftlichen oder kommerziellen Zwecks“ ausgegangen<sup>1482</sup>.

Im deutschen Recht ist überdies die Vervielfältigung eines Werks durch eine natürliche Person im Rahmen des Privatgebrauchs ausdrücklich nur dann erlaubt, wenn die Vervielfältigung nicht Erwerbszwecken dient<sup>1483</sup>. Das Schweizer Recht liess im früher geltenden Art. 22 aURG eine Vervielfältigung im Rahmen des Privatgebrauchs nur dann zu, wenn damit keine Gewinnzwecke verfolgt wurden<sup>1484</sup>. Das Bundesgericht hat gestützt auf diese Regelung in Art. 22 aURG eine Vervielfältigung bereits dann nicht als Privatgebrauch qualifiziert, wenn sie zur Einsparung der Kosten für den Kauf des betreffenden Werks erfolgte<sup>1485</sup>. In Art. 19 Abs. 1 lit. a URG wurde diese Voraussetzung allerdings fallen gelassen<sup>1486</sup>. Unter dem neuen Recht ist eine Vervielfältigungshandlung deshalb auch dann noch i.S. des Privatgebrauchs zulässig, wenn mit ihr ein wirtschaftlicher Vorteil (i.S. einer Kosteneinsparung) erreicht werden soll<sup>1487</sup>. Nutzungshandlungen, welche die Erzielung von Einnahmen anstreben, subsumiert die wohl h.L. jedoch weiterhin nicht unter den zulässigen Privatgebrauch<sup>1488</sup>.

---

<sup>1480</sup> Vgl. <http://wiki.creativecommons.org/4.0/NonCommercial>.

<sup>1481</sup> Botschaft URG 2006, 3430.

<sup>1482</sup> REHBINDER/VIGANÒ, N 5 zu Art. 24.

<sup>1483</sup> Vgl. § 53 Abs. 1 D-UrhG.

<sup>1484</sup> Siehe Art. 22 des URG vom 07.12.1922.

<sup>1485</sup> BGE 108 II 475, E. 3 b.

<sup>1486</sup> Vgl. Botschaft URG 1989, 537 f.

<sup>1487</sup> Vgl. Botschaft URG 1989, 537 f.

<sup>1488</sup> GASSER, in: Müller/Oertli, N 8 zu Art. 19; BARRELET/EGLOFF, N 9 zu Art. 19; REHBINDER/VIGANÒ, N 17 zu Art. 19; a.M. wohl HILTY, Urheberrecht, N 222.

Ob aus der im Zusammenhang mit der Bestimmung des Privatgebrauchs vorgenommenen Unterscheidung zwischen Nutzungshandlungen, die auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet sind, und solchen, mit denen lediglich ein wirtschaftlicher Vorteil angestrebt wird, etwas zugunsten der Definition der nichtkommerziellen Nutzung abgeleitet werden kann, ist allerdings fraglich, zumal für die zulässige Nutzung im Rahmen des Privatbereichs noch zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen<sup>1489</sup>. Auch der Begriff „wirtschaftlicher oder kommerzieller Zweck“ (Art. 24 Abs. 1<sup>bis</sup> URG) ist im Zusammenhang mit der Zwecksetzung der betreffenden (Schranken-)Bestimmung zu verstehen und kann somit nicht unbedacht zur Auslegung des Begriffs der „kommerziellen Nutzung“ im Hinblick auf die Creative-Commons-Lizenzierung herangezogen werden.

#### **4.4. CC-Studie**

Die Organisation Creative Commons hat im September 2009 eine Studie publiziert, die untersucht hat, was Internetnutzer unter „Nutzung zu kommerziellen Zwecken“ verstehen<sup>1490</sup>. Dabei wurden sowohl Nutzer als auch Urheber Creative-Commons-lizenzierter Werke unter Vorlegung verschiedener Situationen danach gefragt, was sie als eine nichtkommerzielle Nutzung ansehen. Eine wichtige allgemeine Erkenntnis der Studie besteht darin, dass die Meinungen der Nutzer und Urheber darüber, was als kommerzielle Nutzung zu gelten hat, weitestgehend übereinstimmen. Überraschenderweise ist die Gruppe der Nutzer in den Fällen, in denen die Beurteilung der beiden Gruppen voneinander abweicht, zurückhaltender bei der Qualifizierung einer Nutzung als nichtkommerziell. Einzig der Fall der Nutzung zu persönlichen oder privaten Zwecken wird von den Urhebern eher als kommerziell eingeschätzt als von den Nutzern, wobei allerdings die Anzahl derjenigen, die solche persönliche oder private Nutzungen als nichtkommerziell ansehen, in beiden Gruppen überwiegt. Mehr als drei Viertel der befragten Urheber und Nutzer beurteilten jene Nutzungen als kommerziell, mit denen direkt Geld verdient wird, sowie jene, die mit Onlinewerbung in Zusammenhang stehen. Sechs von zehn Befragten bewerteten eine Nutzung im Zusammenhang mit Onlinewerbung auch dann als kommerziell, wenn damit nur gerade so viel verdient wird, wie man zur Deckung der Kosten des Websitehostings benötigt.

---

<sup>1489</sup> Zum Begriff des Privatgebrauchs vgl. GASSER, in: Müller/Oertli, N 6 ff. zu Art. 19.

<sup>1490</sup> Die Studie trägt den Titel „Creative Commons: Defining ‚Noncommercial‘ – A Study of How the Online Population Understands ‚Noncommercial Use‘“. Sie wurde im September 2009 publiziert und ist online abrufbar unter [http://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining\\_Noncommercial\\_fullreport.pdf](http://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining_Noncommercial_fullreport.pdf).

Die Ergebnisse dieser Studie können neben den herkömmlichen Auslegungsmitteln<sup>1491</sup> als Auslegungshilfe für den Fall herangezogen werden, dass zwischen den Vertragsparteien eines Creative-Commons-Vertrags kein übereinstimmender Wille bezüglich des kommerziellen Charakters einer Nutzungshandlung besteht<sup>1492</sup>, und so durchaus Einfluss auf das Vertragsverhältnis haben, auch wenn sie nicht unmittelbar Vertragsbestandteil werden.

#### 4.5. Fazit

Aufgrund der laufenden Diskussionen über die Gestaltung der Version 4.0 der Lizenztexte ist noch nicht ersichtlich, ob die Klausel *Nicht kommerziell* auch in der Zukunft Bestand haben wird. Da aber die Creative-Commons-Lizenzen mit der Einschränkung auf die nichtkommerzielle Nutzung die Lizenzen sind, welche die Rechteinhaber am meisten wählen, ist wohl nicht davon auszugehen, dass das Lizenzelement *Nicht kommerziell* fallen gelassen wird. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Definition des Begriffs *Nicht kommerziell* aus der Version 3.0 übernommen wird, und zwar auch vor dem Hintergrund, dass es bis anhin zu keinen diesbezüglichen vor Gericht ausgetragenen Streitigkeiten gekommen ist. Dies ist wohl damit zu erklären, dass die Nutzer bei der Qualifizierung einer Nutzung als nichtkommerziell eher zurückhaltend sind, während die Rechteinhaber tendenziell eher vom nichtkommerziellen Charakter bestimmter Nutzungen ausgehen, wie dies aus den Ergebnissen der von Creative Commons durchgeführten Studie ersichtlich ist.

Allgemein lässt sich festhalten, dass nicht bereits jede entfernt wirtschaftlich relevante Verwendung als Nutzung zu kommerziellen Zwecken gelten kann; vielmehr bedarf es eines konkreten Zusammenhangs zwischen der Nutzungshandlung und dem betreffenden kommerziellen Zweck<sup>1493</sup>. Ob ein solcher konkreter Zusammenhang vorliegt, ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Will ein Nutzer sicher gehen, dass die von ihm beabsichtigte Nutzungshandlung nicht als kommerzielle Nutzung qualifiziert wird, besteht immer auch die Möglichkeit, den Lizenzgeber zu kontaktieren.

---

<sup>1491</sup> Zur Auslegung von Urheberrechtsverträgen eingehend LAUX, 59 ff.

<sup>1492</sup> So auch ROSENKRANZ, 88 f.; vgl. vorne 179.

<sup>1493</sup> Vgl. zum deutschen Recht ROSENKRANZ, 88 m.w.N.

## **5. Creative Commons und die kollektive Rechtewahrnehmung**

### **5.1. System der kollektiven Verwertung**

#### **5.1.1. Zweck**

Für Rechteinhaber ist die individuelle Verwertung ihrer Urheber- und Leistungsschutzrechte teils aus rechtlichen, teils aber auch aus faktischen Gründen nicht immer möglich<sup>1494</sup>. In rechtlicher Hinsicht sieht das Gesetz für bestimmte Rechte und Vergütungsansprüche die obligatorische Geltendmachung durch Verwertungsgesellschaften vor<sup>1495</sup>. In den Bereichen, die gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. a URG der Bundesaufsicht unterstellt sind, ist die individuelle Rechteverwertung aufgrund des Vorbehalts in Art. 40 Abs. 3 URG zudem nur durch die Urheber bzw. deren Erben selbst, nicht aber durch derivative Rechteinhaber möglich<sup>1496</sup>. Aber selbst in dem Bereich der Nutzung, der von Gesetzes wegen einer individuellen Verwertung zugänglich wäre, macht die Massennutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte eine selbstständige Rechtewahrnehmung faktisch unmöglich oder zumindest enorm zeit- und kostenaufwändig, da die Rechteinhaber i.d.R. weder Kenntnis über die Identität der Nutzer noch über deren Nutzungsverhalten haben. Aus diesem Grund soll das System der kollektiven Verwertung den Rechteinhabern ermöglichen, ihre Rechte durch Verwertungsgesellschaften wahrnehmen zu lassen; diese werden teils gestützt auf Wahrnehmungsverträge, teils direkt gestützt auf das Gesetz tätig, indem sie mit den Nutzern entsprechende Nutzungsverträge schliessen oder Vergütungen gestützt auf sog. Tarife geltend machen<sup>1497</sup>. Die kollektive Rechtewahrnehmung wird in der Schweiz durch fünf zugelassene Verwertungsgesellschaften wahrgenommen, deren Tätigkeitsbereich sich jeweils auf bestimmte Werkkategorien beschränkt<sup>1498</sup>. Für die Nutzer wird der Vorteil des Systems der kollektiven Verwertung darin gesehen, dass für die Rechteeinräumung die betreffende Verwertungsgesellschaft als Vermitt-

---

<sup>1494</sup> Botschaft URG 1989, 555; Botschaft URG 1984, 233; BGE 124 III 489, E. 2a; REHBINDER/VIGANÒ, N 3 f. zu Art. 40.

<sup>1495</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 3, Art. 20 Abs. 4, Art. 22 Abs. 1, Art. 22a Abs. 1, Art. 22b Abs. 1, Art. 22c, Art. 24b Abs. 1, Art. 24c Abs. 4 und Art. 35 Abs. 3 URG.

<sup>1496</sup> BARRELET/EGLOFF, N 19 zu Art. 40; GOVONI/STEBLER, kollektive Verwertung, SIWR II/1, 432.

<sup>1497</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 368 f.

<sup>1498</sup> So ist die SUISA zuständig für die Wahrnehmung der Rechte an nichtdramatischen Werken der Musik, die ProLitteris für die Rechte an Werken der Literatur, der bildenden Kunst und der Fotografie, die SUISSIMAGE für die Rechte an visuellen und audiovisuellen Werken, die SSA nimmt die Rechte an wort- und musikdramatischen Werken wahr, und die SWISSPERFORM erledigt die Rechtewahrnehmung für die verwandten Schutzrechte, HEFTI, SIWR II/1, 526 ff.

lerin kontaktiert werden kann, ohne dass umständliche Abklärungen über die Inhaberschaft der gewünschten Rechte notwendig sind<sup>1499</sup>.

### 5.1.2. Abschluss von Wahrnehmungsverträgen

Damit die Verwertungsgesellschaften ihre Aufgabe der Rechteverwertung erfüllen können, schliessen sie mit ihren Mitgliedern Wahrnehmungsverträge ab. Durch den Wahrnehmungsvertrag tritt der Rechteinhaber der Verwertungsgesellschaft Nutzungsrechte treuhänderisch zur Wahrnehmung ab<sup>1500</sup>; die Verwertungsgesellschaft verpflichtet sich im Gegenzug, gegen Ersatz ihrer Aufwendungen Vergütungen für die Nutzung der Werke des Rechteinhabers zu erheben und an diesen auszuschütten<sup>1501</sup>. Im Rahmen der freiwilligen kollektiven Verwertung, die hier von Interesse ist, wird durch den Abschluss des Wahrnehmungsvertrags ein privatrechtliches Verhältnis zwischen der jeweiligen Verwertungsgesellschaft und dem Rechteinhaber begründet<sup>1502</sup>. Neben dem Vertragsverhältnis zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Rechteinhabern besteht i.d.R. parallel dazu auch ein Mitgliedschaftsverhältnis<sup>1503</sup>.

## 5.2. Problematik

Ein Rechteinhaber kann durchaus daran interessiert sein, als Mitglied einer Verwertungsgesellschaft von den Vorteilen der kollektiven Verwertung zu profitieren, gleichzeitig aber auch Rechte an bestimmten Werken ganz oder teilweise mittels einer Creative-Commons-Lizenz an eine unbestimmte Anzahl von Personen lizenzieren zu können. Im Zusammenhang mit der gesetzlich vorgesehenen obligatorischen kollektiven Verwertung sowie mit der Rechteabtretung beim Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags mit einer Verwertungsgesellschaft stellt sich deshalb die Frage nach der Zulässigkeit einer parallelen Creative-Commons-

---

<sup>1499</sup> Vgl. Botschaft URG 1989, 555; Botschaft URG 1984, 233; BGE 124 III 489, E. 2a; REHBINDER/VIGANÒ, N 3 zu Art. 40.

<sup>1500</sup> VON BÜREN, Rechtsübergang, SIWR I/1, 273.

<sup>1501</sup> Vgl. Ziffer 1 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags.

<sup>1502</sup> KÜNZI, 543. Gemäss WITTWEILER handelt es sich dabei um ein Treuhandverhältnis eigener Art mit auftragsrechtlichen Elementen, WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 274. HIESTAND geht von einem gemischten Vertrag mit auftrags-, werkvertrags- sowie gesellschaftsvertraglichen Elementen aus, siehe HIESTAND, 104 m.w.N.

<sup>1503</sup> Bei der SUIA entsteht durch Abschluss des Wahrnehmungsvertrags ein Auftragsverhältnis. Die Mitgliedschaft wird allerdings an weitergehende Voraussetzungen geknüpft (so u.a. auch an die mindestens einjährige Dauer des Auftragsverhältnisses; zudem muss die während des Auftragsverhältnisses ausgeschüttete Entschädigungssumme den vom Vorstand bestimmten Mindestbetrag erreichen), wobei jeder Auftraggeber, der die Bedingungen erfüllt, automatisch als Mitglied aufgenommen wird, ohne dass es einer eigentlichen Beitrittserklärung bedarf, vgl. zum ganzen Ziffer 8 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags i.V.m. Ziffer 5.1 und 5.4 der SUIA-Statuten; vgl. zur Relation des Vertragsverhältnisses zum Mitgliedschaftsverhältnis die näheren Ausführungen bei WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 274 ff.

Lizenzierung in der Weise, dass der Rechteinhaber eine Verwertungsgesellschaft lediglich mit der Verwertung von Rechten an einzelnen Werken oder von Teilrechten an bestimmten Werken beauftragt und die Verwertung der bei ihm verbleibenden Rechte z.B. mittels Creative-Commons-Lizenzen selbst vornimmt. Ein Blick auf das US-amerikanische System der kollektiven Verwertung zeigt, dass dort die Probleme weit weniger akut sind als in anderen Jurisdiktionen. Es folgt deshalb eine kurze Übersicht über das amerikanische Recht, bevor die Regelung in den Lizenztexten selbst untersucht und anschliessend im Zusammenhang mit dem SUIISA-Wahrnehmungsvertrag ein konkretes Beispiel dargelegt wird.

### **5.3. Exkurs: Keine Rechteübertragung oder Exklusivlizenzierung im US-amerikanischen Verwertungsrecht**

In den USA, dem Herkunftsland der Creative-Commons-Lizenzen, ist die Creative-Commons-Lizenzierung durch Mitglieder von Verwertungsgesellschaften im Gegensatz zu vielen anderen Jurisdiktionen problemlos möglich. Das System der kollektiven Verwertung vieler Länder<sup>1504</sup> unterscheidet sich von jenem der USA dadurch, dass die Urheber den jeweiligen Verwertungsgesellschaften in der Regel jegliche Nutzungsrechte treuhänderisch übertragen oder mittels einer ausschliesslichen Lizenz einräumen. Dies hat zur Folge, dass sie selber nicht mehr Inhaber dieser Rechte sind bzw. über diese nicht mehr verfügen können, was eine gleichzeitige Lizenzierung der betreffenden Werke unter einer Creative-Commons-Lizenz grundsätzlich verunmöglicht<sup>1505</sup>. In den USA hingegen besteht für einen Urheber aufgrund der Einräumung einer nichtexklusiven Lizenz an die Verwertungsgesellschaften immer noch die Möglichkeit, seine Werke mittels einer Creative-Commons-Lizenz zu lizenzieren<sup>1506</sup>. Hinzu kommt, dass in vielen Ländern ausserhalb der USA oft ein gesetzliches oder zumindest ein faktisches Verwertungsmonopol besteht, sodass jeweils nur eine Verwertungsgesellschaft überhaupt bzw. eine pro Werkkategorie eine Bewilligung zur kollektiven Rechtewahrneh-

---

<sup>1504</sup> So verlangen z.B. die meisten Verwertungsgesellschaften in Australien, Finnland, Frankreich, Deutschland, Luxemburg, den Niederlanden, Spanien, Taiwan und in der Schweiz entweder die Übertragung des Urheberrechts oder zumindest eine exklusive Lizenz, MARACKE, 695 f.

<sup>1505</sup> Vgl. hinten 263.

<sup>1506</sup> In den USA erfolgt die Einräumung der Rechte vom Urheber an die Verwertungsgesellschaften seit einer im Jahr 1950 ergangenen gerichtlichen Verfügung (*consent decree*) prinzipiell nur auf nicht ausschliesslicher Basis, siehe U.S. v. ASCAP, 1950-51 Trade Cas. (CCH) 62,595, (S.D.N.Y. 1950), sec. VI (A), vgl. hierzu GOLDMANN, 143 f., 152 f., 271 f., 275 f. und 301 f.



mung erhält<sup>1507</sup>. Für die Schweiz hat der Gesetzgeber die Notwendigkeit der Rechtswahrnehmung durch eine einzige Gesellschaft damit begründet, dass ein Nebeneinander verschiedener Verwertungsgesellschaften und als Folge davon die Zersplitterung der Rechte im Bereich der kollektiven Rechtswahrnehmung „regelmässig zu schweren Störungen im Rechtsverkehr“ führen würden<sup>1508</sup>. In der Lehre wird davon ausgegangen, der Wettbewerb zwischen Verwertungsgesellschaften führe zu Ineffizienzen, was höhere Kosten und letztlich Marktversagen zur Folge habe<sup>1509</sup>.

Diese unterschiedlichen Konzepte des Verwertungsrechts basieren auf Differenzen in der Gewichtung der involvierten Interessen bzw. der Inkaufnahme der aus dem jeweiligen System resultierenden Nachteile. In den USA führten primär kartellrechtliche Überlegungen dazu, keine Verwertungsmonopole zuzulassen<sup>1510</sup>, auch wenn dadurch in Kauf genommen werden muss, dass sowohl der Aufwand für die Nutzer bei der Beschaffung der Rechte als auch der Verwaltungsaufwand der Rechteinhaber grösser ist, als wenn eine einzige Verwertungsgesellschaft sämtliche Rechte verwaltet. Das kontinentaleuropäische System hingegen nimmt als Folge der Senkung des Verwaltungsaufwandes für Nutzer und Rechteinhaber in Kauf, dass die Verwertungsgesellschaften mangels Wettbewerb nicht zur Effizienzsteigerung gezwungen sind und sich auch nicht in demselben Mass um die Anliegen der Nutzer und Rechteinhaber als ihre Kunden kümmern müssen, weil sie nicht mit anderen Gesellschaften um deren Gunst konkurrenzieren<sup>1511</sup>. Zudem führt die fehlende Konkurrenz dazu, dass sich die bestehenden Verwertungsgesellschaften gegenüber neuen Entwicklungen wie Creative Commons nur langsam öffnen.

---

<sup>1507</sup> Das alte Recht (Art. 2 Abs. 1 VerwG) erlaubte die Erteilung einer Bewilligung zur kollektiven Verwertung jeweils nur an einen einzigen Personenverband (HIESTAND, 8), womit ein gesetzliches Monopol bestand und jegliche Konkurrenz im jeweiligen Verwertungsbereich beseitigt war, vgl. Botschaft VerwG 1940, 319. Vgl. zum alten Recht auch BRÜGGER, 110; OCHSNER, 52 ff.; WITTWEILER, Verwertungsgesetzgebung, 65. Neu regelt Art. 42 Abs. 2 URG, dass pro Werkkategorie und für die verwandten Schutzrechte in der Regel nur je eine Gesellschaft eine Bewilligung erhält. Damit wurde grundsätzlich am Monopol festgehalten, wenngleich nun die Möglichkeit besteht, dass im selben Verwertungsbereich mehrere Verwertungsgesellschaften nebeneinander tätig sein können, HIESTAND, 9; vgl. auch GOVONI/STEBLER, kollektive Verwertung, SIWR II/1, 447 ff. Die Ausnahme von Art. 42 Abs. 2 URG wird zudem durch Art. 47 Abs. 1 URG entscheidend relativiert, indem im gleichen Bereich tätige Verwertungsgesellschaften verpflichtet werden, einen gemeinsamen Tarif aufzustellen, HIESTAND, 9.

<sup>1508</sup> Botschaft URG 1989, 556.

<sup>1509</sup> So HIESTAND, 9. Aus europäischer Perspektive DIETZ, 273 f.; siehe auch WÜNSCHMANN, 24. Aus dt. Perspektive MAUHS, 22.

<sup>1510</sup> HIETANEN, 219 m.w.N.

<sup>1511</sup> Vgl. HILTY, Urheberrecht, N 371.

#### 5.4. Kartellrechtliche Aspekte des Verwertungsrechts

Wie bereits allgemein im Zusammenhang mit dem Urheberrecht festgehalten<sup>1512</sup>, stellt Art. 3 Abs. 2 KG auch im Verwertungsrecht keinen allgemein gültigen Vorbehalt zugunsten der urheber(verwertungs)rechtlichen Vorschriften dar, sondern soll vielmehr sicherstellen, dass die Besonderheiten der kollektiven Verwertung bei deren kartellrechtlicher Beurteilung berücksichtigt werden<sup>1513</sup>. Zu beachten bleibt allerdings Art. 3 Abs. 1 lit. b KG, der die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes dann ausschliesst, wenn einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet sind. Unter diese Bestimmung fallen gemäss der h.L. die Förderung des faktischen Monopols in Art. 42 Abs. 2 URG sowie die Bewilligungspflicht in Art. 41 URG<sup>1514</sup>. Vom Vorbehalt in Art. 3 Abs. 1 lit. b KG nicht erfasst wird jedoch die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften in jenem Bereich, der nicht nach Art. 41 URG der Bewilligungspflicht – und damit auch nicht der Bundesaufsicht nach Art. 40 URG<sup>1515</sup> – unterstellt ist<sup>1516</sup>. Dies betrifft insbesondere die digitale Massenverwertung urheberrechtlich geschützter Werke<sup>1517</sup>. Die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften im Bereich der digitalen Massenverwertung ist somit einer kartellrechtlichen Überprüfung zugänglich<sup>1518</sup>.

In persönlicher und örtlicher Hinsicht fallen die fünf schweizerischen Verwertungsgesellschaften ebenfalls in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes, zumal sie Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KG sind (persönlicher Geltungsbereich) und sich ihre Tätigkeit auf den relevanten Schweizer Märkten auswirkt (örtlicher Geltungsbereich)<sup>1519</sup>. In sachlicher Hinsicht üben die Verwertungsgesellschaften gegenüber den Rechteinhabern aufgrund ihrer Monopolstellung zudem Marktmacht aus (sachlicher Geltungsbereich)<sup>1520</sup>. In diesem Sinne gelten sie als marktbeherrschende Unternehmen i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG<sup>1521</sup>. Auf die sich daraus ergebenden Konsequenzen wird weiter hinten im Rahmen der Frage nach der Vereinbarkeit von

---

<sup>1512</sup> Vgl. vorne 41.

<sup>1513</sup> STIRNIMANN, 290 f. m.w.N.

<sup>1514</sup> GOVONI/STEBLER, kollektive Verwertung, 439 und 447 ff.; STIRNIMANN, 303.

<sup>1515</sup> Vgl. GOVONI/STEBLER, kollektive Verwertung, SIWR II/1, 439: Die Bewilligungspflicht bildet mithin den Anknüpfungspunkt für die Bundesaufsicht, vgl. Botschaft URG 1989, 555; GOVONI, 234.

<sup>1516</sup> STIRNIMANN, 306; WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 284.

<sup>1517</sup> STIRNIMANN, 307.

<sup>1518</sup> Vgl. hierzu hinten 265.

<sup>1519</sup> STIRNIMANN, 291 f. und 295; WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 282.

<sup>1520</sup> HIESTAND, 50 f. und 53; STIRNIMANN, 294 f.; WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 283.

<sup>1521</sup> WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 283.

der Creative-Commons-Lizenzierung mit der Rechteverwaltung durch die SUISA eingegangen<sup>1522</sup>.

### **5.5. Vorbehalt zugunsten der zwingenden kollektiven Verwertung in den Creative-Commons-Lizenztexten**

Beim Wechsel zur Version 2.0 der Creative-Commons-Lizenzen wurde in die Lizenzen, welche eine kommerzielle Nutzung des Lizenzgegenstandes erlauben, ein Verzicht des Lizenzgebers auf sein Recht auf Vergütung eingeführt<sup>1523</sup>. In jenen Lizenzen, die nur die nichtkommerzielle Nutzung erlauben, behielt der Lizenzgeber das Recht für die Geltendmachung von Vergütungsansprüchen für kommerzielle Nutzungen, räumte den Nutzern aber das Recht ein, den Lizenzgegenstand vergütungsfrei für nichtkommerzielle Zwecke zu verwenden<sup>1524</sup>. Diese Regelung diente dazu, den Nutzern die freie und kostenlose Verwendung von Creative-Commons-lizenzierten Inhalten zu ermöglichen. Aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Regelungen des kollektiven Verwertungsrechts in den verschiedenen Rechtsordnungen enthielten die Creative-Commons-Lizenzen in der Version 2.0 in den einzelnen Ländern voneinander abweichende Regelungen der Frage, ob und wie ein Lizenzgeber Vergütungsansprüche über eine Verwertungsgesellschaft geltend machen konnte. Diese unterschiedliche Behandlung der kollektiven Verwertungsrechte war zwar unbefriedigend, jedoch notwendig, um bei den Lizenzgebern in den Ländern, in welchen die Mitgliedschaft in einer Verwertungsgesellschaft nicht mit dem Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen vereinbar war, keinen gegenteiligen Anschein zu erwecken. In Version 3.0 wurde die Regelung betreffend die kollektive Verwertung harmonisiert. Zwar sind aufgrund der immer noch bestehenden grossen Unterschiede des kollektiven Verwertungsrechts im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit der Creative-Commons-Lizenzen in den einzelnen Jurisdiktionen verschiedene Regelungsmöglichkeiten wählbar, es wird jedoch sichergestellt, dass sämtliche Creative-Commons-Lizenzen eine der wählbaren Regelungsmöglichkeiten beinhalten. Für Jurisdiktionen wie die Schweiz, wo bestimmte Verwertungsrechte zwingend durch die Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden müssen<sup>1525</sup>, beinhalten die Creative-Commons-Lizenzen in Version 3.0 einen Vorbehalt zugunsten solcher Vergütungsansprüche<sup>1526</sup>. Für die Lizenzen der Version 4.0 ist

---

<sup>1522</sup> Vgl. hinten 265 f.

<sup>1523</sup> Vgl. z.B. Ziffer 3e der amerikanischen Creative-Commons-Lizenz *Attribution* 2.0 <http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/legalcode>.

<sup>1524</sup> Vgl. z.B. Ziffer 4d der amerikanischen Creative-Commons-Lizenz *Attribution-NonCommercial* 2.0 <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.0/legalcode>.

<sup>1525</sup> Vgl. z.B. Art. 20 Abs. 4 oder Art. 35 Abs. 3 URG.

<sup>1526</sup> Vgl. Ziffer 4 lit. d der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

schliesslich ein Verzicht des Lizenzgebers auf seine Verwertungsrechte gegenüber dem Lizenznehmer vorgesehen, soweit dies im Rahmen des anwendbaren Rechts überhaupt möglich ist<sup>1527</sup>.

Weil die durch den Schweizer Gesetzgeber zwingend der kollektiven Verwertung vorbehaltenen Rechte durch die Creative-Commons-Lizenzen nicht tangiert werden, stellt sich ferner die Frage, ob ein Rechteinhaber, der gleichzeitig ein Mitglied einer Verwertungsgesellschaft ist, bestimmte Rechte an seinen Werken ganz oder teilweise mittels einer Creative-Commons-Lizenz lizenzieren kann.

## **5.6. Vereinbarkeit des SUIA-Wahrnehmungsvertrags mit der Creative-Commons-Lizenzierung**

Die grösste Bedeutung kommt der kollektiven Verwertung im Bereich der nicht theatralischen Musik zu. So ist die SUIA, die diese Rechte in der Schweiz kollektiv wahrnimmt, gemessen an den Einnahmen die grösste kollektiv verwertende Organisation des Landes<sup>1528</sup>. Die Creative-Commons-Lizenzierung erweist sich deshalb insbesondere auf dem Gebiet der von der SUIA wahrgenommenen Rechte als problematisch<sup>1529</sup>. Im Folgenden wird deshalb der SUIA-Wahrnehmungsvertrag auf die Vereinbarkeit mit der Creative-Commons-Lizenzierung untersucht.

### **5.6.1. Werke im Sinne des SUIA-Wahrnehmungsvertrags**

Mit dem Wahrnehmungsvertrag der SUIA<sup>1530</sup> können Rechteinhaber ihre Rechte an sämtlichen nichtdramatischen Musikwerken sowie deren allfälligen Texten an die SUIA übertragen<sup>1531</sup>. Der Wahrnehmungsvertrag erstreckt sich dabei auf sämtliche während der Vertragsdauer durch den Urheber alleine oder gemeinsam mit anderen geschaffene nichtdramatische Musikwerke und deren allfällige Texte<sup>1532</sup>. Der Urheber hat keine Möglichkeit, bestimmte Werke während der Dauer des Vertrags von diesem auszunehmen<sup>1533</sup>. Die vor Vertragsschluss durch den Urheber geschaffenen bzw. mitgeschaffenen Werke werden insofern vom Wahr-

---

<sup>1527</sup> Vgl. Section 2 lit. b Ziffer 3 des im Anhang B abgedruckten Entwurfs der Version 4.0.

<sup>1528</sup> WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 267.

<sup>1529</sup> Im Gegensatz dazu beurteilt die Verwertungsgesellschaft SUISSIMAGE die Creative-Commons-Lizenzierung als durchaus mit der kollektiven Verwertung durch die SUISSIMAGE vereinbar, so KÜNZI, 542.

<sup>1530</sup> Der Mustervertrag ist abrufbar unter <http://www.suisa.ch/de/mitglieder/urheber/urheberdokumente/>.

<sup>1531</sup> Ziffer 2.1 Abs. 1 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags.

<sup>1532</sup> Ziffer 2.1 Abs. 1 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags.

<sup>1533</sup> Ziffer 2.1 Abs. 3 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags.

nehmungsvertrag erfasst, als der Urheber die Rechte daran vor Vertragsschluss nicht bereits an einen Dritten abgetreten hat<sup>1534</sup>. Den Urheber trifft eine im Vertrag statuierte Auskunftspflicht bezüglich sämtlicher anderweitiger Verfügungen über seine Werke vor Vertragsschluss<sup>1535</sup>.

### **5.6.2. Vom Wahrnehmungsvertrag erfasste Rechte**

Ziff. 3.1 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags zählt die Rechte auf, die der Rechteinhaber der SUIA bei Vertragsschluss für die Dauer des Wahrnehmungsvertrags überträgt. Genannt sind alle in Art. 10 Abs. 2 URG aufgezählten Rechte. Das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht wird allerdings nur in Bezug auf Ton-, Tonbild- und Datenträger übertragen. Aufgeführt ist ausdrücklich auch das Recht zur Online-Verbreitung, welches die Einbringung in Speichersysteme (Vervielfältigungsrecht) sowie das Abrufbarmachen („anderswo zugänglich machen“) umfasst<sup>1536</sup>. Vom Wahrnehmungsvertrag erfasst werden zudem u.a. das Synchronisationsrecht<sup>1537</sup>. Des Weiteren erstreckt sich der SUIA-Wahrnehmungsvertrag auch auf sämtliche zukünftigen Rechte, die den in Ziff. 3.1 lit. a-l des Wahrnehmungsvertrags genannten Rechten entsprechen<sup>1538</sup>.

Der Urheber hat aber auch die Möglichkeit, bestimmte Rechte vom SUIA-Wahrnehmungsvertrag auszuschliessen<sup>1539</sup>. Allerdings ist der Urheber in der Wahl der auszuschliessenden Rechte nicht frei, sondern hat sich an die von der SUIA vorgegebenen Auswahlmöglichkeiten im Anhang zum Wahrnehmungsvertrag zu halten<sup>1540</sup>. Zudem können die betreffenden Rechte nur gesamthaft, also für sämtliche vom Wahrnehmungsvertrag erfasste Werke des Rechteinhabers von der Wahrnehmung durch die SUIA ausgenommen werden. Der Rechteinhaber hat folglich keine Möglichkeit, bestimmte Rechte nur für gewisse Werke von der Verwaltung durch die SUIA auszuschliessen.

---

<sup>1534</sup> Ziffer 2.1 Abs. 2 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags.

<sup>1535</sup> Ziffer 2.1 Abs. 2 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags.

<sup>1536</sup> WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 294 f.

<sup>1537</sup> Auch Filmherstellungsrecht, vgl. Ziffer 3.1 lit. g des SUIA-Wahrnehmungsvertrags. Das Synchronisationsrecht kann allerdings unter bestimmten Umständen gemäss Ziffer 3.6 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags zurückgerufen werden.

<sup>1538</sup> Ziffer 3.2 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags.

<sup>1539</sup> Vgl. Ziffer 3.4 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags sowie dessen Anhang.

<sup>1540</sup> Einige der ausschliessbaren Rechte werden dabei aus verwertungstechnischen Gründen in Gruppen zusammengefasst, wobei die Zusammensetzung nicht abgeändert werden kann, WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 296.

### **5.6.3.      Umfang der Rechteeinräumung**

Durch den Abschluss des SUIZA-Wahrnehmungsvertrags tritt der Rechteinhaber die vom Vertrag erfassten Rechte fiduziarisch an die SUIZA ab, womit diese im Umfang der urheberrechtlichen Übertragung vollberechtigte Inhaberin der abgetretenen Rechte wird<sup>1541</sup>. Die SUIZA kann somit alle im Zusammenhang mit der Verwertung dieser Rechte notwendigen Rechtshandlungen in eigenem Namen vornehmen und auch in eigenem Namen klagen<sup>1542</sup>. Der vormalige Rechteinhaber hingegen büsst seine Rechteinhaberschaft für die Dauer des Wahrnehmungsvertrags ein, womit er solange nicht mehr rechtsgültig über die abgetretenen Rechte verfügen kann, bis sie ihm wieder zurückübertragen werden<sup>1543</sup>.

### **5.6.4.      Begründung der vollumfänglichen Rechteabtretung hinsichtlich sämtlicher Werke**

Die Verwertungsgesellschaften sind an einer möglichst umfassenden Rechteeinräumung interessiert, zumal die Möglichkeit eines umfassenden Angebots an die Nutzer die Repräsentativität der Verwertungsgesellschaften steigert, was wiederum einen Anreiz für die Rechteinhaber darstellt, Mitglied bei einer solchen Verwertungsgesellschaft zu werden<sup>1544</sup>. Zudem erscheint als Vorteil, dass ein umfassendes Angebot den Verwertungsgesellschaften eine stärkere Stellung gegenüber den Verwertern verleiht, was letztlich ebenfalls den Rechteinhabern zugute kommt<sup>1545</sup>. Die Möglichkeit von Ausnahmen der umfassenden Rechteabtretung in der Form des Ausschlusses bestimmter, beliebig gewählter Rechte wird mit der Begründung verneint, eine solche Möglichkeit würde die Rechteinhaber erpressbar machen. Dies hätte zur Folge, dass die Repräsentativität der Verwertungsgesellschaften infolge tieferer Vergütungen für die individuelle Rechteeinräumung sinken würde, was wiederum zu einem Druck auf die Tarife führen sowie den Verwaltungsaufwand der Verwertungsgesellschaften erhöhen würde, womit schliesslich die Funktionalität der kollektiven Wahrnehmung beeinträchtigt wäre<sup>1546</sup>. Mit dem Hinweis auf die Steigerung der Funktionalität und Wirtschaftlichkeit der Verwertungstätigkeit im Interesse der Rechteinhaber wird deshalb eine Einschränkung der Freiheit der Rechteinhaber in der Gestaltung der Rechtewahrnehmung in Kauf genommen<sup>1547</sup>. Schliesslich wird auch

---

<sup>1541</sup> HIESTAND, 202.

<sup>1542</sup> BGer. 4C.28/2002 vom 06.05.2002, E. 3.2.1, sic! 2002, 599.

<sup>1543</sup> Vgl. BGE 117 II 463, E. 3; BARRELET/EGLOFF, N 18 zu Art. 40.

<sup>1544</sup> Vgl. WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 299.

<sup>1545</sup> HIESTAND, 149.

<sup>1546</sup> WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 299 f.

<sup>1547</sup> Vgl. WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 300; siehe aber Rehbinden, DVBl. 1992, 219; differenzierend MAUHS, 91.

auf die genossenschaftliche Organisation der meisten Verwertungsgesellschaften hingewiesen, die es den Mitgliedern erlauben soll, in gewissem Masse auf die Organisation der Verwertung Einfluss zu nehmen<sup>1548</sup>.

Unter Hinweis auf gravierende Nachteile für die Funktionsfähigkeit einer Verwertungsgesellschaft infolge erhöhten Verwaltungsaufwands verneinen Kritiker die Möglichkeit des Ausschlusses einzelner Werke vom Wahrnehmungsvertrag (sog. „Möglichkeit des Rosinenpickens“ oder „à la carte“-Verwertung)<sup>1549</sup>. Neben dem höheren Verwaltungsaufwand wird in diesem Zusammenhang überdies ins Feld geführt, die Möglichkeit des Ausschlusses einzelner Werke habe zur Folge, dass Urheber besonders erfolgreiche Werke von der Verwertung durch die Verwertungsgesellschaften ausschliessen könnten, um diese selbst zu verwalten; dies führe dazu, dass die Verwertungsgesellschaften nicht mehr in der Lage wären, ein umfassendes Repertoire anzubieten und zudem Einnahmenseinbussen in Kauf nehmen müssten, da die Rechteinhaber nur die Rechte an weniger erfolgreichen Werken auf sie übertragen würden<sup>1550</sup>. Hingewiesen wird auch auf die Tatsache, dass die SUIA den Ausschluss einzelner Werke von der kollektiven Verwertung früher noch zugelassen hätte, diese Möglichkeit jedoch gerade aufgrund der gravierenden negativen Auswirkungen habe aufgeben müssen<sup>1551</sup>.

### **5.6.5. Auswirkungen des Wahrnehmungsvertrags auf die Creative-Commons-Lizenzierung**

#### **5.6.5.1. Zustandekommen des Creative-Commons-Vertrags nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags**

Im Hinblick auf das Zustandekommen eines Creative-Commons-Vertragsverhältnisses nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Im ersten Fall entschliesst sich Rechteinhaber R nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags mit der SUIA, eines seiner Musikwerke unter einer Creative-Commons-Lizenz auf seiner Website zu veröffentlichen. Nutzer N sieht das Musikstück und verwendet es als Titelmusik für einen Film, den er kostenlos ins Internet stellt. Im zweiten Fall hat Rechteinhaber R eines seiner Werke bereits vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags unter eine Creative-Commons-

---

<sup>1548</sup> Vgl. WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 274.

<sup>1549</sup> So WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 300; STIRNIMANN, 345 f.; SPOENDLIN, 47 FN 16; MAUHS, 92; a.M. HIESTAND, 190 FN 267 unter Hinweis auf das Funktionieren der damals noch existenten Regelung, mit der nach Wunsch einzelne Werke vom SUIA-Wahrnehmungsvertrag ausgenommen werden können. Diese Möglichkeit existiert heute jedoch nicht mehr.

<sup>1550</sup> So MAUHS, 92.

<sup>1551</sup> WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 300 FN 167.

Lizenz gestellt. Nutzer N wird aber erst nach einiger Zeit auf das Musikstück aufmerksam und verwendet es für das besagte Filmwerk, ohne zu wissen, dass R seine Rechte in der Zwischenzeit an die SUIA abgetreten hat.

Klar ist die Rechtslage, wenn auch aus Sicht von Creative Commons unbefriedigend, in der ersten Fallkonstellation. Da R durch den Abschluss des SUIA-Wahrnehmungsvertrags seine Rechtsstellung in Bezug auf die für die Creative-Commons-Lizenzierung benötigten Rechte einbüsst<sup>1552</sup>, ist eine Creative-Commons-Lizenzierung mangels Rechteinhaberschaft gar nicht mehr möglich<sup>1553</sup>. Daran ändert auch die Möglichkeit des Ausschlusses einzelner Rechte von der kollektiven Wahrnehmung im SUIA-Wahrnehmungsvertrag nichts, zumal dadurch nicht sämtliche für die Creative-Commons-Lizenzierung benötigten Rechte vom Wahrnehmungsvertrag ausgenommen werden können<sup>1554</sup>. Bietet R sein Werk nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags unter Hinweis auf eine Creative-Commons-Lizenz auf seiner Website zum Download an, kann er N also gar kein Nutzungsrecht einräumen. Will N das Werk in einem über die Schrankenbestimmungen hinausgehenden Mass nutzen, muss er sich zur Rechteeräumung an die SUIA wenden<sup>1555</sup>.

Auch bei der zweiten Fallkonstellation, in der R sein Musikwerk bereits vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht hat, ist es ihm aufgrund des Verlusts seiner Rechteinhaberschaft eigentlich nicht mehr möglich, N die notwendigen Nutzungsrechte einzuräumen. Allerdings unterscheidet sich dieser Fall vom ersten dahingehend, dass R sein Angebot zur Creative-Commons-Lizenzierung bereits vor der Rechteübertragung an die SUIA abgegeben hat, mithin zu einem Zeitpunkt, zu dem er eventuell noch gar nicht wusste, dass er später einmal einen Wahrnehmungsvertrag abschliessen würde. Da es sich bei der Veröffentlichung eines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz um einen für die Dauer des Urheberrechtsschutzes unwiderruflichen Antrag<sup>1556</sup> handelt, ist R gemäss Gesetz an seine Offerte gebunden. Im Ergebnis ist dieser Fall nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund der Besonderheit der Unwiderrufbarkeit des Angebots bei der

---

<sup>1552</sup> Vgl. vorne 256.

<sup>1553</sup> Vgl. allgemein BGE 117 II 463, E. 3; VON BÜREN, Rechtsübergang, SIWR I/1, 273; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 260; HIESTAND, 203; vgl. zum deutschen Recht MAUHS, 107 f.; MELICHAR, 62.

<sup>1554</sup> Vgl. vorne 255.

<sup>1555</sup> Bietet R sein Werk trotz bestehendem Wahrnehmungsvertrag unter einer Creative-Commons-Lizenz an und wird es von N verwendet, ist damit zu rechnen, dass die SUIA N aufgrund der in Art. 44 URG statuierten Verwertungspflicht zur Zahlung einer Nutzungsgebühr auffordert. Zur Frage, ob sich der Nutzer in einem solchen Fall schadlos halten kann vgl. hinten 262 ff.

<sup>1556</sup> Den obigen Ausführungen zufolge kann ein Antrag zum Vertragsschluss nur im Ausnahmefall und unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. Art. 9 Abs. 1 OR) widerrufen werden, die im elektronischen Geschäftsverkehr kaum je erfüllt sein werden, vgl. vorne 164.



Creative-Commons-Lizenzierung letztlich gleich zu behandeln wie der nachfolgend geschilderte Fall, bei dem der Creative-Commons-Vertrag bereits vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags zustande kommt.

#### 5.6.5.2. Zustandekommen des Creative-Commons-Vertrags vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags

Im dritten Fall hat R sein Werk bereits vor Abschluss des SUIZA-Wahrnehmungsvertrags unter eine Creative-Commons-Lizenz gestellt. Auch die Nutzung des Werkes durch N erfolgte zeitlich noch vor der Rechteabtretung an die SUIZA, womit der Creative-Commons-Lizenzvertrag noch vor dem Abschluss des Wahrnehmungsvertrags zustande kam.

Gemäss SUIZA-Wahrnehmungsvertrag werden diejenigen Rechte vom Vertrag nicht erfasst, die der Rechteinhaber bereits vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags an Dritte abgetreten hat. Der Rechteinhaber wird durch den Wahrnehmungsvertrag verpflichtet, der SUIZA solche anderweitigen vorherigen Verfügungen zu melden<sup>1557</sup>. Soweit unter dem Begriff der „Abtretung“ von Urheberrechten deren Übertragung auf einen neuen Rechteinhaber unter gleichzeitigem Verlust der Rechteinhaberschaft des Verfügenden verstanden wird, hält die Klarstellung im SUIZA-Vertrag fest, was im Urheberrecht aufgrund der Unmöglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Nutzungsrechten<sup>1558</sup> ohnehin schon gilt, nämlich dass nach dem Grundsatz *„nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet“*<sup>1559</sup> niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat<sup>1560</sup>. Hat der Urheber, der einen Wahrnehmungsvertrag abschliesst, sein Urheberrecht an einem Werk bereits an einen Dritten übertragen, ist er nicht mehr Inhaber des entsprechenden Rechts. Damit ist es ihm nicht möglich, der SUIZA das Urheberrecht rechtsgültig einzuräumen. Käme den Creative-Commons-Verträgen also absolutrechtliche Wirkung zu, würde der Creative-Commons-Lizenzgeber seine Rechteinhaberschaft durch den Abschluss eines Creative-Commons-Vertrags verlieren, womit die entsprechenden Rechte ohne Weiteres vom Umfang des Wahrnehmungsvertrags ausgenommen wären. Da die Creative-Commons-Verträge dem Berechtigten jedoch lediglich ein einfaches Nutzungsrecht einräu-

---

<sup>1557</sup> Ziffer 2.1 Abs. 2 des SUIZA-Wahrnehmungsvertrags.

<sup>1558</sup> BARRELET/EGLOFF, N 11 und 25 zu Art. 16; UHL, Verfügung, 157; BGE 117 II 463, E. 3; UHL, Gutgläubiger Erwerb, 258 ff.; Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden vom 06.06.2006 (Akten-Nr. ZFE 05 4), E. 4a.

<sup>1559</sup> Originalzitat: „Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet“, ULPIANUS, libro quadragensimo sexto ad edictum. (= Ulpian 46 ed), Quelle: Digesta 50,17,54. (= D 50,17,54), in: Corpus iuris civilis, vol. I, (Hrsg.), 22. A. Dublin/Zürich 1973, S. 922.

<sup>1560</sup> STREULI-YOUSSEF, Grundlagen, 22.

men, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen der SUIA-Wahrnehmungsvertrag auf solche einfachen (obligatorisch wirkenden) Nutzungsrechte hat.

Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, ob den obligatorisch Berechtigten bei der Übertragung des Urheberrechts ein Sukzessionsschutz zukommt. In der Literatur ist diese Frage umstritten<sup>1561</sup>. Teilweise wird der Sukzessionsschutz unter Hinweis auf das Fehlen eines Registers im Urheberrecht abgelehnt<sup>1562</sup>. Ungeklärt ist in diesem Zusammenhang ferner, ob sich der Erwerber wenigstens die Rechte Dritter entgegenhalten lassen muss, von denen er bei Vertragsschluss wusste oder nach Treu und Glauben hätte wissen müssen<sup>1563</sup>. HILTY geht bezüglich der Frage des Bestehens eines Sukzessionsschutzes im Urheberrecht *de lege lata* vom Vorliegen einer Lücke i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB aus und weist auf eine Möglichkeit der Lückenfüllung durch Annahme einer Realobligation hin, durch die der Erwerber des Urheberrechts verpflichtet wäre, mit Dritten eine neue vertragliche Grundlage zu denselben Bedingungen abzuschliessen<sup>1564</sup>.

#### 5.6.5.3. Statuierung des Sukzessionsschutzes analog zu § 33 des deutschen UrhG?

Die fehlende gesetzliche Regelung des Sukzessionsschutzes im schweizerischen Urheberrecht ist mit Blick auf die Rechtssicherheit unbefriedigend. Zudem besteht dadurch eine Ungleichbehandlung des Urheberrechts im Vergleich zu den Registerrechten, bei denen die Lizenznehmer durch den Eintrag ihrer Nutzungsrechte im Register geschützt sind. *De lege ferenda* wäre deshalb die Einführung einer gesetzlichen Regelung analog § 33 D-UrhG zu begrüßen. Nach dieser Bestimmung bleiben gegenüber später eingeräumten Nutzungsrechten neben den früheren ausschliesslichen auch frühere einfache Nutzungsrechte bestehen, und zwar auch dann, wenn es zu einem Wechsel der Rechteinhaberschaft kommt oder der Rechteinhaber auf sein Recht verzichtet<sup>1565</sup>. Allerdings stellt sich die Frage, ob sich die problematische Situation der Creative-Commons-Lizenzierung bei gleichzeitigem Bestehen (bzw. späterem Abschluss) eines Wahrnehmungsvertrags mit einer Norm wie § 33 D-UrhG verbessern lässt.

Aufgrund der Regelung des Sukzessionsschutzes im deutschen Recht bleiben die durch Creative-Commons-Lizenzen eingeräumten einfachen Nutzungsrechte auch dann bestehen, wenn der Rechteinhaber sein Urheberrecht später durch den Beitritt zur deutschen Verwertungsge-

---

<sup>1561</sup> Vgl. dazu insbesondere HILTY, SMI 1992, 211 ff.; REUTTER, Verwertung, 457 ff.

<sup>1562</sup> Vgl. etwa BGE 117 II 463, E. 3; UHL, Gutgläubiger Erwerb, 260.

<sup>1563</sup> Bejahend CODONI, 6; ablehnend HILTY, Lizenzvertragsrecht, 744 f.

<sup>1564</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 745; HILTY, Urheberrecht, N 260.

<sup>1565</sup> Eingehend zu der Regelung in § 33 D-UrhG LOEWENHEIM, N 1 ff. zu § 33.

sellschaft (GEMA) an diese abtritt<sup>1566</sup>. Da § 33 D-UrhG jedoch nur dann greift, wenn die einfachen Nutzungsrechte bereits vor dem Beitritt zur GEMA eingeräumt wurden, stellt sich bei dieser Lösung die Frage nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. danach, wer diesen zu beweisen resp. die Beweislosigkeit zu tragen hat. Aufgrund der in Deutschland geltenden GEMA-Vermutung ist davon auszugehen, dass Rechte im Zweifelsfall durch die GEMA vertreten werden<sup>1567</sup>. Der Beweis, dass der Creative-Commons-Lizenzgeber im Zeitpunkt des Zustandekommens des Creative-Commons-Vertrags noch nicht Mitglied der GEMA war, ist somit vom Creative-Commons-Lizenznehmer zu erbringen<sup>1568</sup>. Nutzern von Creative-Commons-lizenzierten Werken wird in Deutschland deshalb geraten, irgendwelche Belege (z.B. Screenshots oder ähnliches<sup>1569</sup>) zu sammeln, um gegenüber der Verwertungsgesellschaft belegen zu können, zu welchem Zeitpunkt das Creative-Commons-Vertragsverhältnis zustande kam<sup>1570</sup>. Nach der hier vertretenen Meinung sollte allerdings nicht der Zeitpunkt des Zustandekommens des Creative-Commons-Vertrages, sondern vielmehr bereits der Zeitpunkt der Veröffentlichung des Lizenzgegenstandes unter einer Creative-Commons-Lizenz für das Weiterbestehen der einfachen Nutzungsrechte massgebend sein, zumal der Lizenzgeber faktisch gar keine Möglichkeit hat, sein einmal gemachtes Angebot zur Creative-Commons-Lizenzierung zurückzunehmen<sup>1571</sup>. Diese „Vorverlegung“ des massgeblichen Zeitpunktes für das Weiterbestehen einfacher Nutzungsrechte nach der Einräumung eines absoluten Nutzungsrechts (bzw. nach erfolgter Abtretung) nützt hingegen nichts, wenn der (vormalige) Rechteinhaber das Werk erst nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags veröffentlicht<sup>1572</sup>.

Die gesetzliche Statuierung des Sukzessionsschutzes im Schweizer Recht würde somit zwar Rechtssicherheit bezüglich der Gültigkeit solcher Creative-Commons-Lizenzen mit sich bringen, die durch die Nutzung von Werken zustande kämen, die vor dem Abschluss des Wahr-

<sup>1566</sup> MANTZ, MMR 2006, 785 f.

<sup>1567</sup> § 13 c D-WahrnG statuiert eine gesetzliche Vermutung, dass die GEMA bezüglich der Ansprüche, die nur durch sie geltend gemacht werden können, sämtliche Rechteinhaber vertritt, eingehend zu § 33 c D-WahrnG THUM, in: Wandtke/Bullinger, N 7 ff. zu § 13 c. Ausserhalb dieses Bereichs der zwingend von der GEMA geltend zu machenden Ansprüche geht die Rechtsprechung von einer tatsächlichen Vermutung der Wahrnehmungsbefugnis für die Aufführungsrechte und das mechanische Vervielfältigungsrecht aus, BGH, 15.10.1987, I ZR 96/85, GRUR 1988, 297 f. – GEMA-Vermutung IV; vgl. zum ganzen THUM, in: Wandtke/Bullinger, N 61 zu § 10.

<sup>1568</sup> Die GEMA-Vermutung kann dabei nur durch konkrete Darlegungen und Beweisantritte widerlegt werden, vgl. BGH, 13.06.1985, I ZR 35/83, GRUR 1986, 68 – GEMA-Vermutung II; BGH, 05.12.1985, I ZR 137/83, NJW 1986, 1250 – GEMA-Vermutung III; THUM, in: Wandtke/Bullinger, N 61 zu § 10.

<sup>1569</sup> Wobei sich hier die Frage stellt, was überhaupt als gültiger Beweis gewertet wird, vgl. hierzu MANTZ, MMR 2006, 788.

<sup>1570</sup> [www.retosphere.de/offenenetze/2010/08/16/creative-commons-und-die-gema-oder-kollision-der-rechteinraumung-bei-cc-lizenzen/](http://www.retosphere.de/offenenetze/2010/08/16/creative-commons-und-die-gema-oder-kollision-der-rechteinraumung-bei-cc-lizenzen/).

<sup>1571</sup> Vgl. vorne 164.

<sup>1572</sup> Zu allfälligen Haftungsfolgen vgl. sogleich 262.

nehmungsvertrags veröffentlicht worden sind. Dennoch bliebe bei der Nutzung eines Creative-Commons-lizenzierten Werks das Risiko bestehen, dass der Lizenzgeber sein Urheberrecht bereits vor der Veröffentlichung des Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz durch Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags an die SUIA übertragen hat, womit es ihm nicht mehr möglich ist, Dritten Nutzungsrechte einzuräumen<sup>1573</sup>. Gelingt dem Creative-Commons-Lizenznehmer letztlich also der Beweis nicht, dass der Lizenzgeber den Lizenzgegenstand bereits vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags mit der SUIA unter eine Creative-Commons-Lizenz gestellt hat, kann die SUIA ihm auch bei Bestehen eines Sukzessions-schutzes die weitere Nutzung des Lizenzgegenstandes verbieten<sup>1574</sup>.

Das eben Ausgeführte gilt jedenfalls dann, wenn man auch in der Schweiz (analog zur Rechtslage in Deutschland) vom Bestehen einer Vermutung zugunsten der Rechtswahrnehmung durch die SUIA ausgeht und die Beweislosigkeit folglich den Nutzer trifft. Gerade vor dem Hintergrund der steigenden Anzahl Creative-Commons-lizenzierter Werke fragt sich jedoch, ob das Abstellen auf eine solche Vermutung tatsächlich noch zeitgemäss ist, insbesondere auch vor dem Hintergrund der technischen Möglichkeiten, die es den Verwertungsgesellschaften erlauben sollten, auf relativ einfache Weise festzustellen, ob die Rechte an einem bestimmten Werk durch sie wahrgenommen werden oder nicht. Sicherlich ist ein solcher Beweis einer positiven Tatsache einfacher zu erbringen, als wenn der Nutzer in negativer Hinsicht beweisen muss, dass die SUIA nicht Inhaberin der betreffenden Rechte ist.

#### 5.6.5.4. Pflicht zur Zahlung von Lizenzgebühren für bereits erfolgte Nutzung und Haftung des Lizenzgebers

Neben der Frage nach dem Recht der SUIA, für die zukünftige Nutzung vom Lizenznehmer eine Gebühr zu verlangen, bleibt zu prüfen, ob dies auch rückwirkend für die bereits erfolgte Nutzung möglich ist, obwohl der Lizenznehmer vom Bestehen einer Creative-Commons-Lizenz und somit von der Unentgeltlichkeit der Nutzung ausging.

Da vorliegend davon ausgegangen wird, dass Creative-Commons-Verträge trotz nachfolgender Rechteabtretung an die SUIA immer dann Bestand haben, wenn sie durch die Nutzung eines Werks zustande gekommen sind, das vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags unter

---

<sup>1573</sup> Vgl. für das deutsche Recht MANTZ, MMR 2006, 786, der das Angebot zum Creative-Commons-Vertragsschluss nicht wie vorliegend vertreten dem Vertragsschluss gleichsetzt. Dadurch kommt es gemäss dem Autor immer dann zum Abschluss eines nicht erfüllbaren Creative-Commons-Vertrags, wenn der Nutzer den Lizenzgegenstand nutzt, unabhängig davon, ob das Werk vor oder nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht wurde.

<sup>1574</sup> Zu einer allfälligen Haftung des Rechteinhabers siehe sogleich 262.

eine Creative-Commons-Lizenz gestellt wurde – und nicht nur dann, wenn auch die Nutzung des Creative-Commons-lizenzierten Werks vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags erfolgte<sup>1575</sup> –, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit der Einforderung von Nutzungsgebühren nur in den Fällen, in denen ein (vormaliger) Rechteinhaber ein Werk erst nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Durch die Abtretung seiner Rechte an die SUIZA und aufgrund der Unmöglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Urheberrechten kann der Rechteinhaber einem Dritten keine Nutzungsrechte mehr einräumen. Die SUIZA hingegen hat als Rechteinhaberin gegenüber dem Nutzer grds. das Recht, für die gesamte Nutzungsdauer – und somit auch für die bereits erfolgte Nutzung – eine Nutzungsgebühr zu verlangen. Da der Nutzer aber aufgrund des Angebots des (vermeintlichen) Rechteinhabers auf die Einräumung eines gültigen Nutzungsrechts vertraut hat, ist diese Lösung unbefriedigend. Deshalb ist davon auszugehen, dass das Angebot des Lizenzgebers zum Abschluss eines Creative-Commons-Vertragsverhältnisses zur Erzeugung eines allgemeinen Vertrauens der Nutzer in die Rechteerteilung geeignet ist<sup>1576</sup>. Dieses Vertrauen auf die rechtmässige Nutzung wird erst mit der Mitteilung der SUIZA an den Nutzer zerstört. Es erscheint deshalb sachgerechter, dass die SUIZA die Nutzungsgebühr lediglich für die Zukunft – also ab der Mitteilung, dass die vermeintliche Creative-Commons-Lizenz nicht besteht – verlangen kann. Die SUIZA hat als neue Rechteinhaberin somit nur das Recht, den Nutzer aufzufordern, die Nutzung des vormalig Creative-Commons-lizenzierten Werks zu unterlassen, kann aber im Übrigen für die Zeit, in der die Nutzung im Vertrauen auf das Bestehen einer unentgeltlichen Nutzungserlaubnis geschah, keine Gebühren erheben.

Weil die Verwertungsgesellschaft von einem Nutzer eines Creative-Commons-lizenzierten Werks eines ihrer Mitglieder nur dann eine Nutzungsgebühr verlangen kann, wenn das Werk nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht wurde und die Nutzungsgebühr auch in diesem Fall nur für die Zukunft geschuldet ist, stellt sich ferner die Frage, ob der Creative-Commons-Lizenzgeber dem Nutzer gegenüber für die von diesem zu leistenden Gebühren einzustehen hat.

Stellt der (vormalige) Rechteinhaber sein Werk nach Abtretung seiner Rechte an die SUIZA unter eine Creative-Commons-Lizenz, so liegt bei Vertragsschluss eine ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit vor, zumal der (vormalige) Rechteinhaber die Rechteeinräumung

---

<sup>1575</sup> Vgl. vorne 259.

<sup>1576</sup> Vgl. MANTZ, MMR 2006, 787.

mangels Rechteinhaberschaft im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vornehmen kann<sup>1577</sup>. Bei Vorliegen einer solchen ursprünglichen subjektiven Unmöglichkeit haftet der Schuldner gemäss h.L. dann nach Art. 97 Abs. 1 OR, wenn er sein Unvermögen zumindest hätte erkennen können und ihn deshalb ein sog. Übernahmeverschulden trifft<sup>1578</sup>. Zwar schränken die Creative-Commons-Lizenzbedingungen die Haftung des Lizenzgebers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ein<sup>1579</sup>, doch ist wohl davon auszugehen, dass dem Lizenzgeber zumindest grobfahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist, wenn er ein Werk unter eine Creative-Commons-Lizenz stellt, obwohl er seine Rechte vorgängig der SUIA abgetreten hat. Da den Lizenzgeber somit ein Verschulden trifft, wird er dem Lizenznehmer gegenüber für den durch die Forderung der SUIA entstandenen Schaden haftbar<sup>1580</sup>.

Macht die SUIA ein besseres Recht geltend, leidet der Lizenzgegenstand an einem rechtlichen Mangel<sup>1581</sup>. Zwar enthält der Creative-Commons-Lizenztext einen Ausschluss der Gewährleistung<sup>1582</sup>, dieser greift aber nicht, wenn dem Lizenzgeber rechtliche oder tatsächliche Mängel des Lizenzgegenstandes bekannt sind<sup>1583</sup>. Dabei kann offen bleiben, ob es sich beim Schaden, der beim Lizenznehmer eintritt, weil er für die Rechteeinräumung durch die SUIA eine Nutzungsgebühr bezahlen muss, um einen unmittelbaren oder nur mittelbaren Schaden handelt, da der Lizenzgeber zumindest grobfahrlässig handelt, wenn er ein Werk, an dem er die nötigen Rechte nicht mehr besitzt, unter eine Creative-Commons-Lizenz stellt. Da den Lizenzgeber in diesem Fall somit immer ein Verschulden trifft, muss er für den Schaden des Lizenznehmers auch nach dem Gewährleistungsrecht einstehen<sup>1584</sup>.

Aus den vorstehenden Ausführungen erhellt, dass dem Rechteinhaber die Verwendung von Creative-Commons-Lizenzen nur solange möglich bleibt, wie er keinen Verwertungsvertrag

---

<sup>1577</sup> Zur ursprünglichen subjektiven Unmöglichkeit vgl. statt vieler BSK OR I-WIEGAND, N 11 f. zu Art. 97.

<sup>1578</sup> BSK OR I-WIEGAND, N 12 zu Art. 97; BK-WEBER, N 110 zu Art. 97 OR; KUKO OR-THIER, N 5 zu Art. 97; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 568 FN 107; a. M. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2575 ff. Die Autoren subsumieren die (ursprüngliche und nachträgliche) subjektive Unmöglichkeit unter die Vorschriften des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR).

<sup>1579</sup> Vgl. Ziffer 6 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenzen.

<sup>1580</sup> Die primäre Leistungspflicht des Schuldners wandelt sich bei verschuldeter Unmöglichkeit in eine sekundäre Pflicht zum Ersatz des positiven Interesses, BSK OR I-WIEGAND, N 47 zu Art. 97; BK-WEBER, N 262 zu Art. 97 OR; KUKO OR-THIER, N 22 zu Art. 97; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 571. Da die Rechteeinräumung für den Nutzer bei Erfüllung des Lizenzgebers unentgeltlich erfolgt wäre, besteht sein Schaden somit in der an die SUIA zu entrichtenden Nutzungsgebühr.

<sup>1581</sup> Vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 647.

<sup>1582</sup> Vgl. Ziffer 5 der im Anhang A abgedruckten Creative-Commons-Lizenz.

<sup>1583</sup> Die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses trotz Kenntnis von Mängeln wird als rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB beurteilt, vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 554 f.

<sup>1584</sup> Ob der Lizenznehmer den Anspruch aus Gewährleistung kumulativ zu seinem Anspruch aus Art. 97 OR geltend machen kann, ist nach Art. 1 Abs. 2 ZGB durch das Gericht zu entscheiden, vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 651.

mit der SUIA abgeschlossen hat. Aufgrund der Tatsache, dass die SUIA ihren Vertragspartnern und Mitgliedern keine Möglichkeit gibt, Creative-Commons-Lizenzen einzusetzen, müssen sich die Rechteinhaber somit zwischen dem Vertragsschluss mit der SUIA und dem Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen entscheiden.

#### **5.6.6. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 7 KG?**

Wie bereits dargelegt, stellen Verwertungsgesellschaften marktbeherrschende Unternehmen i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG dar<sup>1585</sup>. Im Zusammenhang mit den Vertragsbedingungen der SUIA, die es dem Rechteinhaber verunmöglichen, seine Rechte selbst wahrzunehmen oder sie auf eine andere Verwertungsgesellschaft zu übertragen, fragt sich, ob allenfalls der Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erfüllt ist. Gemäss Art. 3 Abs. 2 KG ist den immaterialgüterrechtlichen Aspekten bei der kartellrechtlichen Prüfung angemessen Rechnung zu tragen<sup>1586</sup>.

Gemäss den obigen Ausführungen sind die Rechte in den Bereichen, die der Bundesaufsicht unterstellt sind, zwingend durch die Verwertungsgesellschaften geltend zu machen<sup>1587</sup>. Wurden die betreffenden Rechte zudem einer Verwertungsgesellschaft übertragen, kommt dieser ein ausschliessliches Nutzungsrecht zu<sup>1588</sup>. Die daraus resultierende Unmöglichkeit der Rechteinhaber, ihre Rechte individuell zu verwerten oder zur Verwertung einer anderen Verwertungsgesellschaft zu übertragen, stellt eine Wettbewerbsregulierung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 KG dar, womit die Anwendung des Kartellgesetzes in diesem Bereich ausgeschlossen ist<sup>1589</sup>. Im Gegensatz dazu fällt jener Tätigkeitsbereich der Verwertungsgesellschaften, der nicht der Bundesaufsicht unterstellt ist – somit insbesondere auch der Bereich der digitalen Massennutzung<sup>1590</sup> – unter den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Einschränkungen des Wettbewerbs zulasten der Rechteinhaber müssen deshalb immer durch ein Funktionsinteresse der Verwertungsgesellschaften gerechtfertigt sein<sup>1591</sup>. Eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Verwertungsgesellschaften wird wie erwähnt dann befürchtet, wenn es für die Rechteinhaber möglich wäre, einzelne Werke aus dem Wahrnehmungsvertrag auszuschliessen, weil die Rechteinhaber dann besonders erfolgreiche Werke selbst verwalten und diese den Nutzern zu

---

<sup>1585</sup> Vgl. vorne 252.

<sup>1586</sup> Vgl. vorne 41.

<sup>1587</sup> Vgl. vorne 248.

<sup>1588</sup> Vgl. vorne 256.

<sup>1589</sup> STIRNIMANN, 344 FN 1187.

<sup>1590</sup> Vgl. vorne 252.

<sup>1591</sup> Vgl. STIRNIMANN, 341 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH.

günstigeren Konditionen anbieten könnten, als dies die Verwertungsgesellschaft tun würde<sup>1592</sup>. Dies hätte zur Folge, dass es den Verwertungsgesellschaften nicht mehr möglich wäre, ein umfassendes Repertoire anzubieten, was auf lange Sicht zu sinkenden Einnahmen führen würde<sup>1593</sup>.

Wie ROSENKRANZ aber richtig ausführt, hat die individuelle Verwertung durch die Rechteinhaber dann einen wesentlich geringeren Einfluss auf die Einnahmen – und somit die Funktionsfähigkeit – der Verwertungsgesellschaften, wenn diese mittels einer Creative-Commons-Lizenz geschieht, die lediglich die nichtkommerzielle Nutzung des betreffenden Werks zulässt<sup>1594</sup>. Zwar wird bei der Rechteverwertung durch die Verwertungsgesellschaft nicht unterschieden, ob jemand ein Werk für kommerzielle oder nichtkommerzielle Zwecke verwendet. Dennoch sind Verwerter aber insbesondere an der Einräumung der Rechte zur kommerziellen Verwertung interessiert, während die Rechte zur nichtkommerziellen Nutzung durch den Rechteinhaber selbst z.B. zu Promotionszwecken eingesetzt werden können, ohne dass eine gleichzeitige oder spätere Lizenzierung zu kommerziellen Zwecken durch die Verwertungsgesellschaft verunmöglicht wird. In einem solchen Vorgehen sind also durchaus Vorteile für beide Seiten zu sehen. So würde die Verwertungsgesellschaft die umfassende Verwertung der kommerziellen Rechte ausüben, womit ihr Funktionsinteresse nicht beeinträchtigt würde, während dem Rechteinhaber die Freiheit verbliebe, seine Rechte im nichtkommerziellen Bereich – mittels einer Creative-Commons-Lizenz, welche die kommerzielle Nutzung nicht zulässt – selber zu verwalten<sup>1595</sup>.

Die Weigerung einer Verwertungsgesellschaft, die Wahrnehmung der nichtkommerziellen Nutzungsrechte an einem Werk dem Rechteinhaber zu überlassen, stellt nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund der Nichtbeeinträchtigung des Funktionsinteresses der betreffenden Verwertungsgesellschaft – zumindest in demjenigen Verwertungsbereich, der nicht der Bundesaufsicht unterstellt ist – eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG dar.

### **5.6.7. Zwischenfazit**

Aufgrund der heutigen Ausgangslage ist der Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen für Rechteinhaber, die mit der SUIA einen Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen und dadurch

---

<sup>1592</sup> Vgl. vorne 257.

<sup>1593</sup> So für die GEMA MAUHS, 92; ROSENKRANZ, 124.

<sup>1594</sup> ROSENKRANZ, 124 f.

<sup>1595</sup> ROSENKRANZ, 125.



ihr Urheberrecht an diese abgetreten haben, nicht mehr möglich<sup>1596</sup>. Da vorliegend vom Bestehen eines Sukzessionsschutzes für bereits vor einer Übertragung des Ausschliesslichkeitsrechts eingeräumte obligatorische Nutzungsrechte ausgegangen wird und die Abgabe eines Angebots zur Creative-Commons-Lizenzierung in diesem Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss gleichgesetzt wird<sup>1597</sup>, bleiben bereits vor Abschluss des Wahrnehmungsvertrags unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlichte Werke vom Wahrnehmungsvertrag ausgeschlossen. Den Rechteinhaber trifft gegenüber der SUIA eine Mitteilungspflicht<sup>1598</sup> bezüglich dieser Werke. Stellt der Rechteinhaber ein Werk nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrags unter eine Creative-Commons-Lizenz, so haftet er dem Nutzer gegenüber für den entstandenen Schaden, zumal der Rechteinhaber um die Abtretung seiner Rechte an die SUIA weiss und er deshalb zumindest grobfahrlässig handelt.

Bezüglich der Beweislast ist zumindest damit zu rechnen, dass ein Gericht analog zur GEMA-Vermutung von einer tatsächlichen Vermutung ausgeht, dass sämtliche Rechte in einem bestimmten Bereich von der SUIA vertreten werden. Eine solche Vermutung würde die Beweislast dem Nutzer auferlegen, womit dieser auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätte. Es ist somit auch den Schweizer Nutzern zu raten, möglichst viele Unterlagen wie Screen-Shots oder Ähnliches zu sammeln, um bei Bedarf belegen zu können, ob ein Werk bei Abschluss des Wahrnehmungsvertrags zwischen dem Rechteinhaber und der Verwertungsgesellschaft bereits unter einer Creative-Commons-Lizenz stand.

Dem Rechteinhaber, der für die Zukunft Creative-Commons-Lizenzen nutzen will, ist hingegen vom Abschluss eines SUIA-Wahrnehmungsvertrags abzuraten. Diese Situation ist unbefriedigend, da dem Urheber sowohl der Beitritt zur SUIA als auch der Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen Vorteile bringen, von denen er mangels Kompatibilität nicht vollumfänglich profitieren kann. Da aber zumindest im Bereich der nichtkommerziellen Nutzung eine individuelle Rechteverwaltung durch den Rechteinhaber die Funktionsfähigkeit der Verwertungsgesellschaften nicht in Frage stellt, müsste es den Rechteinhabern auch aus kartellrechtlichen Gründen erlaubt sein, ihre Rechte in diesem Bereich selbst wahrzunehmen.

---

<sup>1596</sup> Andere Schweizer Verwertungsgesellschaften lassen eine Creative-Commons-Lizenzierung durch ihre Mitglieder zu, so z.B. die SUISSIMAGE, vgl. KÜNZI, 543.

<sup>1597</sup> Vgl. vorne 259.

<sup>1598</sup> Vgl. Ziffer 2.1 Abs. 2 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags.

### 5.6.8. Eigene Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Meinung scheint es zumindest fraglich, ob die Möglichkeit eines Ausschlusses bestimmter Werke von der kollektiven Verwertung zu einer Steigerung des Verwaltungsaufwands sowie einer Verringerung der Einnahmen führen und die Funktionsfähigkeit der Verwertungsgesellschaften in Frage gestellt würde<sup>1599</sup>. Denn auch mit der aktuellen Regelung hat die SUIA Ausnahmen von der umfassenden Rechteübertragung zu beachten. So sind zwingend sämtliche Werke bzw. Teilrechte daran vom Wahrnehmungsvertrag ausgeschlossen, die bereits vor dem Vertragsschluss an Dritte abgetreten wurden<sup>1600</sup>. Zudem ist der Verzicht auf einzelne Teilrechte gemäss Anhang zum SUIA-Wahrnehmungsvertrag möglich<sup>1601</sup>, und schliesslich können auch Ausnahmen bezüglich des geografischen Geltungsbezugs der Wahrnehmungsverträge gemacht werden<sup>1602</sup>. Aufgrund dieser bereits bestehenden Ausnahmen und vor dem Hintergrund der heutigen technischen Möglichkeiten, die zur Unterstützung der Triage durch die Verwertungsgesellschaften herangezogen werden können, sollte die kollektive Rechtswahrnehmung durch die Ausnahme bestimmter Rechte bzw. Werke nicht wesentlich erschwert werden.

Aufgrund der Zweifel an einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Verwertungsgesellschaften wäre es nach der hier vertretenen Ansicht durchaus möglich, dass entgegen der derzeitigen Praxis der SUIA der Ausschluss bestimmter Werke vom Wahrnehmungsvertrag zugelassen würde. Sicherlich möglich ist aber, die Verwertung der kommerziellen Nutzung vollständig der Verwertungsgesellschaft zu überlassen, während die Rechte für nichtkommerzielle Nutzungen beim Rechteinhaber verbleiben bzw. an diesen zurückübertragen werden können. Ein solches Vorgehen würde auch der vom Gesetzgeber für das Verwertungsrecht formulierten Zielsetzung entsprechen, wonach die Verwertungsgesellschaften primär ein Instrument der Urheber zur Verwirklichung ihrer Rechte sein sollten<sup>1603</sup>.

---

<sup>1599</sup> So aber MAUHS, 92 in Bezug auf die geringeren Einnahmen; vgl. auch WITTWEILER, Kollektive Verwertung, 300 m.w.N.; a.M. HIESTAND, 190 FN 267 unter Hinweis auf das Funktionieren der damals noch existenten Regelung, mit der nach Wunsch einzelne Werke vom SUIA-Wahrnehmungsvertrag ausgenommen werden konnten. Diese Möglichkeit existiert heute jedoch nicht mehr.

<sup>1600</sup> Vgl. Ziffer 2.1 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags.

<sup>1601</sup> Vgl. vorne 255.

<sup>1602</sup> Zumal sich gezeigt hat, dass eine Beschränkung der Rechtswahrnehmung auf bestimmte Länder nicht zu einer Beeinträchtigung der Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften führt, STINIMANN, 345 FN 1191 m.w.N.

<sup>1603</sup> Botschaft URG 1984, 193.

## **5.7. Möglichkeit der Vereinbarung der kollektiven Verwertung mit der Creative-Commons-Lizenzierung**

### **5.7.1. Lancierung von Pilotprojekten**

Die Problematik der Unvereinbarkeit der Mitgliedschaft in einer Verwertungsgesellschaft und der Creative-Commons-Lizenzierung besteht nicht nur in der Schweiz. Um Rechteinhabern auch in anderen Jurisdiktionen, die nur die Übertragung oder exklusive Lizenzierung des Urheberrechts an Verwertungsgesellschaften erlauben, eine parallele Lizenzierung durch Creative-Commons-Lizenzen zu ermöglichen, finden in einigen Ländern Verhandlungen zwischen den Verwertungsgesellschaften und den jeweiligen nationalen Creative-Commons-Teams statt. Meist wird die Lösung diskutiert, die kommerzielle Verwertung der Urheberrechte den Verwertungsgesellschaften zu überlassen, während dem Urheber bzw. Rechteinhaber die Rechte zur nichtkommerziellen Verwendung verbleiben bzw. zurück übertragen werden, so dass dieser die entsprechenden Werke unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlichen kann, welche die Verwendung des Werks zu nichtkommerziellen Zwecken erlaubt. Der Urheber bzw. Rechteinhaber kann somit zwischen den Creative-Commons-Lizenzen *Namensnennung-Nicht kommerziell*, *Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung*, oder *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* wählen.

Während die jeweiligen nationalen Creative-Commons-Teams von Ländern wie Italien, Australien oder Deutschland mit den jeweiligen nationalen Verwertungsgesellschaften in Verhandlung über mögliche Modelle der Verwendung von Creative-Commons-Lizenzen durch deren Mitglieder stehen, wurden in den Niederlanden, Dänemark, Schweden und Frankreich bereits Pilotprojekte dieser Art lanciert<sup>1604</sup>.

### **5.7.2. Niederlande als Beispiel**

#### **5.7.2.1. Inhalt des Pilotprojekts**

Die niederländische Verwertungsgesellschaft Buma/Stemra (Verwertungsgesellschaft für Komponisten und Musikverleger) und Creative Commons Niederlande haben im Jahr 2007 ein Pilotprojekt mit dem Ziel ins Leben gerufen, Musikern die Nutzung von Creative-Commons-Lizenzen für die freie Distribution ihrer Werke zu ermöglichen, während sie als Mitglieder von Buma/Stemra die Vorteile einer Verwertungsgesellschaft bei der Verwertung der kommerziellen Rechte in Anspruch nehmen können. Damit ein Künstler seine Werke un-

---

<sup>1604</sup> Vgl. [http://wiki.creativecommons.org/Collecting\\_Society\\_Projects](http://wiki.creativecommons.org/Collecting_Society_Projects).

ter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlichen und zusätzlich von der Mitgliedschaft bei Buma/Stemra profitieren kann, muss er in einem ersten Schritt Mitglied bei der Buma/Stemra werden und dieser damit seine Urheberrechte übertragen, wodurch er Buma/Stemra ermächtigt, die Lizenzgebühren für die Nutzung seiner Werke einzuziehen. In einem zweiten Schritt kann der Künstler mittels eines Online-Formulars auf der Website von Buma/Stemra angeben, welche Werke er mittels einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlichen will. Zu diesem Zweck werden dem Künstler die nötigen Rechte zur Vergabe einer der Creative-Commons-Lizenzen mit dem Lizenzelement *Nicht kommerziell* zurückübertragen. Damit dieses Projekt durchführbar wurde, mussten konkrete Kriterien festgelegt werden, um zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Nutzung unterscheiden zu können<sup>1605</sup>.

#### 5.7.2.2. Unterscheidung zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Nutzung im Rahmen des Pilotprojekts Buma/Stemra

Im Rahmen des niederländischen Pilotprojekts wurden Kriterien zum Begriff „kommerzielle Verwendung“ definiert<sup>1606</sup>. Nach diesen Kriterien gilt grundsätzlich jede Nutzung des Werks durch gewinnorientierte Organisationen (*for-profit institutions*) als kommerziell. Zusätzlich wurde die Verbreitung, öffentliche Aufführung oder das Zugänglichmachen des Werks gegen Bezahlung oder finanzielle Entschädigung als kommerzielle Verwendung qualifiziert. Ausdrücklich als kommerzielle Nutzung wird dabei die Verwendung des Werks in Kombination mit Werbeanzeigen, Werbeaktionen oder vergleichbaren Aktivitäten mit dem Ziel, Einkommen für den Nutzer des Werks oder Dritte zu generieren, genannt. Zudem gilt im Rahmen des Pilotprojekts als kommerzielle Verwendung auch das Verbreiten, öffentliche Aufführen oder das online Zugänglichmachen eines Werks durch Rundfunkunternehmen sowie die Nutzung des Werks in Hotels und Gastronomiebetrieben sowie an Arbeitsplätzen, im Verkauf und im Detailhandel. Schliesslich wird auch die Nutzung von Musik durch Unternehmen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Waren sowie der Erbringung von Dienstleistungen als kommerziell beurteilt. Als Beispiele sind Kirchen, Tanz- und allgemeine Schulen sowie soziale Einrichtungen aufgelistet<sup>1607</sup>.

---

<sup>1605</sup> Zu einer ersten Auswertung des Projekts siehe „Evaluation of the Creative Commons Buma/Stemra pilot“, abrufbar unter [http://www.creativecommons.nl/downloads/100824evaluation\\_pilot\\_en.pdf](http://www.creativecommons.nl/downloads/100824evaluation_pilot_en.pdf).

<sup>1606</sup> Vgl. [http://wiki.creativecommons.org/Collecting\\_Society\\_Projects/Netherlands](http://wiki.creativecommons.org/Collecting_Society_Projects/Netherlands).

<sup>1607</sup> Für die Kriterien zur Unterscheidung von kommerzieller und nichtkommerzieller Nutzung im Rahmen der übrigen Pilotprojekte siehe [http://wiki.creativecommons.org/Collecting\\_Society\\_Projects](http://wiki.creativecommons.org/Collecting_Society_Projects).

### 5.7.2.3. Resultat des Pilotprojekts Buma/Stemra

Creative Commons Niederlande und Buma/Stemra publizierten im Jahr 2010 die ersten Resultate des gemeinsam lancierten Pilotprojekts<sup>1608</sup>. Während ein klares Bedürfnis der niederländischen Rechteinhaber nach flexibleren Modellen zur Werkverwertung inklusive der Möglichkeit des Einsatzes von Creative-Commons-Lizenzen ausgemacht werden konnte, musste insbesondere festgestellt werden, dass die für das Projekt vorgenommene Abgrenzung zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Nutzung nicht mit den Bedürfnissen der Rechteinhaber übereinstimmt. Es bleibt abzuwarten, welche Änderungen bei der Festlegung der Kriterien zur Abgrenzung des kommerziellen vom nichtkommerziellen Gebrauch vorgenommen werden und welche Resultate die übrigen Pilotprojekte haben werden.

### 5.7.3. Gründung einer Creative-Commons-Verwertungsgesellschaft

Im Rahmen der Diskussion über die Gründung einer Creative-Commons-Verwertungsgesellschaft wurde in Deutschland ein entsprechendes Projekt lanciert. Unter dem Namen C3S (Cultural Commons Collecting Society) ist Anfangs 2013 vorerst in Deutschland die Gründung einer neuen, nicht gewinnorientierten (*non-profit*) und nicht-exklusiven Verwertungsgesellschaft für Rechte an Musikwerken geplant. Auf längere Sicht ist die Bildung von Niederlassungen in weiteren europäischen Ländern vorgesehen. Die C3S richtet sich nach den Angaben der Initiatoren an Musiker, die einer Verwertungsgesellschaft beitreten und mit ihren Werken Umsätze erzielen wollen, ohne auf bestimmte Lizenzierungsformen verzichten zu müssen. Beabsichtigt ist, je nach Willen des Urhebers, insbesondere die kostenlose Weitergabe von Werken zu nichtkommerziellen Zwecken. Die Verwaltungstätigkeit der C3S soll deshalb Rechte an Werken umfassen, die unter einer der Creative-Commons-Lizenzen mit dem Lizenzelement *Nicht kommerziell* oder unter einer freien Lizenz<sup>1609</sup> stehen. Den Mitgliedern ist zudem freigestellt, bezüglich welcher Werke sie die Rechte zur Verwertung an die C3S übertragen wollen. Vorerst ist die Verwaltung auf Online- und Live-Lizenzen beschränkt. Später sollen jedoch auch weitere Rechte von der C3S wahrgenommen werden<sup>1610</sup>. Da die Vereinfachung und Automatisierung sämtlicher Abläufe (Monitoring, Übermittlung der Playlisten sowie Lizenzierungs- und Abrechnungsabläufe) vorgesehen

---

<sup>1608</sup> Vgl. „Evaluation of the Creative Commons Buma/Stemra pilot“, [http://de.creativecommons.org/files/2010/09/100827evaluation\\_pilot\\_en-final.pdf](http://de.creativecommons.org/files/2010/09/100827evaluation_pilot_en-final.pdf).

<sup>1609</sup> Zum Begriff der freien Lizenzen vgl. vorne 57.

<sup>1610</sup> Vgl. zum ganzen [www.c-3-s.eu/index\\_de.html](http://www.c-3-s.eu/index_de.html).

ist, rechnen die Initianten mit einem wesentlich geringeren Verwaltungsaufwand als bei traditionellen Verwertungsgesellschaften<sup>1611</sup>.

## 6. Fazit

Während die Gefahr der Lizenzierung durch einen Nichtberechtigten kein spezifisches Risiko der Creative-Commons-Lizenzierung ist, sondern das gesamte Urheberrecht betrifft, stellt die Problematik der Kennzeichnung des Lizenzgegenstandes in der Praxis selten ein Problem dar. Um die Nutzung Creative-Commons-lizenzierter Werke zu erhöhen, ist es jedoch ratsam, möglichst genau zu kennzeichnen, welche Werke z.B. auf einer Website Creative-Commons-lizenziert sind und welche nicht, da für den Nutzer nur so ersichtlich ist, welche Inhalte er wie benutzen darf. Ist dies unklar, werden unter Umständen viele Nutzer von der Verwendung abgehalten. Aus Sicht des Nutzers wird bei unklarer Kennzeichnung zudem das Risiko erhöht, ein Werk unrechtmässig zu verwenden.

Aufgrund des allgemeinen Grundsatzes der Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen ist es in Ausnahmefällen denkbar, dass eine Creative-Commons-Lizenz widerrufen werden kann. Die hierzu nötigen Voraussetzungen sind jedoch wohl nur in den seltensten Fällen überhaupt erfüllt. Da die Kündigung überdies eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt, kann der Lizenzgeber die Creative-Commons-Lizenz nur gegenüber den Nutzern widerrufen, von denen er Kenntnis hat. Der Widerruf des Angebots zum Vertragsschluss ist nach Art. 9 Abs. 1 OR nur möglich, wenn er vor oder zeitgleich mit dem Antrag beim betreffenden Nutzer eintrifft bzw. durch den Nutzer bei späterem Eintreffen früher zur Kenntnis genommen wird. Da der Lizenzgeber aber nicht weiss, wem sein Angebot bereits zugegangen ist, ist ein Widerruf somit nicht möglich<sup>1612</sup>.

Des Weiteren kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Lizenzgeber beim Vertragsschluss einem Willensmangel unterliegt (beim Lizenznehmer ist das Vorliegen eines Willensmangels regelmässig nicht relevant). Schwierigkeiten ergeben sich aber auch hier im Zusammenhang mit der Anfechtung des Vertrages, zumal dies ebenfalls nur dann möglich ist, wenn der Lizenzgeber weiss, mit wem er einen Lizenzvertrag abgeschlossen hat.

---

<sup>1611</sup> So die Aussage von Wolfgang Senges, Mitbegründer der C3S zit. nach WEIHSE, „Die Creative-Commons-Gema“.

<sup>1612</sup> Vgl. vorne 164.

Die Abgrenzung der kommerziellen von der nichtkommerziellen Nutzung ist nicht immer leicht, stellt aber in der Praxis kein grosses Problem dar<sup>1613</sup>. Die in diesem Zusammenhang entstehenden Unsicherheiten über das Erlaubtsein bestimmter Nutzungen können aber dazu führen, dass Nutzer auch von solchen Verwendungen abgehalten werden, gegen die der Lizenzgeber an sich nichts einzuwenden hätte.

Das bisher grösste Problem im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Lizenzen stellt deren Unvereinbarkeit mit der Mitgliedschaft in den meisten Verwertungsgesellschaften dar. Wenn sich die Verwertungsgesellschaften in dieser Hinsicht nicht öffnen, bleibt Rechteinhabern nichts anderes übrig, als sich zwischen dem Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen oder dem Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags zu entscheiden, oder aber Mitglied einer ausländischen Verwertungsgesellschaft zu werden, welche die Creative-Commons-Lizenzierung durch ihre Mitglieder zulässt<sup>1614</sup>. Durch Pilotprojekte zur Vereinbarung der Mitgliedschaft in einer Verwertungsgesellschaft mit der Nutzung von Creative-Commons-Lizenzen in verschiedenen europäischen Ländern sowie durch die Gründung von Creative-Commons-Verwertungsgesellschaften, wie sie in Deutschland geplant ist, lässt sich dieses Problem in der Zukunft eventuell entschärfen.

---

<sup>1613</sup> Vgl. vorne 246.

<sup>1614</sup> Hat ein Rechteinhaber bereits einen Wahrnehmungsvertrag mit der SUIA geschlossen, ist ein Wechsel zu einer ausländischen Schwestergesellschaft, mit der die SUIA über einen Gegenseitigkeitsvertrag verfügt, gemäss Ziffer 11.3 des SUIA-Wahrnehmungsvertrags jederzeit möglich.

## **Teil VII    Verbreitung der Creative-Commons-Lizenzen sowie weitere Projekte von Creative Commons**

### **1.            Verbreitung der Creative-Commons-Lizenzen**

#### **1.1.        Verbreitung**

Nach einer Schätzung von Creative Commons wuchs die Zahl der Creative-Commons-lizenzierten Inhalte von weniger als einer Million im ersten Jahr nach der Einführung der Lizenzen im Jahr 2002 bis über 400 Millionen Ende des Jahres 2010. Diese Zahlen basieren auf der Anzahl von durch Suchmaschinen angezeigten Web-Links, die zu Creative Commons-lizenzierten Inhalten führen, sowie auf der Anzahl Creative-Commons-lizenzierter Werke in führenden Repositorien. Da es jedoch unmöglich ist, sämtliche Creative-Commons-lizenzierten Inhalte online und offline aufzufinden, ist davon auszugehen, dass die tatsächliche Anzahl Creative-Commons-lizenzierter Werke bereits Ende 2010 die angegebenen 400 Millionen bei weitem überstieg<sup>1615</sup>.

Mit der gesteigerten Nutzung von Creative-Commons-Lizenzen hat sich auch das Nutzerverhalten bezüglich der Wahl zwischen den sechs zur Verfügung stehenden Lizenzen verändert: Wählten im ersten Jahr nach der Einführung der Lizenzen lediglich 20% der Nutzer eine Creative-Commons-Lizenz, die sowohl den kommerziellen Gebrauch als auch die Bearbeitung des Lizenzgegenstandes erlaubt, wuchs diese Zahl bis Ende des Jahres 2010 auf ca. 40%<sup>1616</sup>.

#### **1.2.        Einsatzgebiete**

Creative Commons veröffentlichte im Jahr 2011 ein Buch mit dem Titel *The Power of Open*, in dem verschiedene Personen aus der ganzen Welt von ihren Erfahrungen mit dem Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen in ihren jeweiligen Projekten berichten<sup>1617</sup>. Die vorgestellten Projekte kommen aus den verschiedensten Bereichen wie Musik, Film, Fotografie, Literatur, Nachrichtenwesen, Autodesign, Gesundheitswesen oder dem Wissenschafts- und Bildungsbereich. Neben gemeinnützigen Projekten werden auch solche vorgestellt, bei denen die

---

<sup>1615</sup> Vgl. zum ganzen *The Power of Open*, 45 f.

<sup>1616</sup> *The Power of Open*, 46.

<sup>1617</sup> Das Buch steht unter einer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung* und ist abrufbar unter <http://thepowerofopen.org/>.



Creative-Commons-Lizenzen als Marketinginstrument eingesetzt werden, um den Verkauf bestimmter Werke anzukurbeln<sup>1618</sup>.

Ein solches Beispiel ist auch die amerikanische Band *Nine Inch Nails*, die im Jahr 2008 ihr Album *Ghosts I–IV* unter einer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen* veröffentlichte. Von den 36 Musikstücken auf dem Album wurden acht kostenlos zum Download im Internet angeboten. Das ganze Album konnte für USD 5 erworben werden, daneben verkaufte die Gruppe zu einem Preis von USD 300 pro Stück 2500 Exemplare einer *Ultra Deluxe Limited Edition*, die neben der Musik auch Konzertvideos, Bilder und Grafiken enthielt und in Kürze ausverkauft war. Trotz der Möglichkeit der freien Verbreitung aufgrund der Veröffentlichung des Albums unter einer Creative-Commons-Lizenz gelangte das Album auf Platz 1 der Amazon-MP3-Verkaufscharts<sup>1619</sup>.

Generell werden Creative-Commons-Lizenzen neben dem Einsatz als Marketinginstrument oder zu gemeinnützigen Zwecken sowie generell zur Nutzungserleichterung von Werken aus verschiedenen weiteren Gründen verwendet. So besteht beispielsweise die Möglichkeit, durch den Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen die Zusammenarbeit an grossen Projekten wie die nachfolgend erwähnte Wikipedia-Enzyklopädie zu erleichtern. Solche Projekte können bereits von Beginn an auf eine kooperative Werkschaffung ausgerichtet sein. Möglich ist aber auch, dass Rechteinhaber Creative-Commons-Lizenzen einsetzen, um der Allgemeinheit mitzuteilen, dass sie die Verarbeitung bzw. Weiterbearbeitung ihrer Werke durch Dritte wünschen. Des Weiteren besteht insbesondere im Wissenschaftsbereich ein Interesse an einem möglichst freien Zugriff auf wissenschaftliche Ergebnisse. Gerade bei Forschungen, die durch öffentliche Mittel finanziert werden, können Creative-Commons-Lizenzen eingesetzt werden, um die Nutzung durch die Allgemeinheit zu ermöglichen und zu erleichtern<sup>1620</sup>.

### **1.3. Wikipedia als Beispiel**

Ein eindrückliches Beispiel des erfolgreichen Einsatzes von Creative-Commons-Lizenzen ist die im Jahr 2001 gegründete freie Wissensenzyklopädie Wikipedia<sup>1621</sup>. Ziel von Wikipedia ist die Schaffung und Verbreitung einer frei lizenzierten und qualitativ hochstehenden Enzyklo-

---

<sup>1618</sup> So publizierte der britische Fotograf Jonathan Worth z.B. ein Bild unter einer Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung* im Internet und bot signierte Werkexemplare zum Kauf an. Die teuersten Exemplare liessen sich dabei am schnellsten verkaufen, Book of Open, 11.

<sup>1619</sup> Vgl. zum ganzen BECKEDAHN/LÜKE, 122.

<sup>1620</sup> Vgl. vorne 50.

<sup>1621</sup> Abrufbar unter [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org).

pädie<sup>1622</sup>, wobei die Einträge meist von einzelnen Autoren, seltener von mehreren Autoren zusammen, unentgeltlich veröffentlicht und danach durch sämtliche Nutzer gemeinschaftlich korrigiert, erweitert und aktualisiert werden<sup>1623</sup>. Seit der Gründung im Jahr 2001 wurden so alleine in englischer Sprache bereits mehr als vier Millionen<sup>1624</sup> Einträge veröffentlicht. Die Wikipedia-Website gilt heute zudem als eine der meist besuchten Websites weltweit<sup>1625</sup>.

Von 2001 bis 2009 wurden sämtliche Wikipedia-Einträge unter die GNU Free Documentation License gestellt. Nach der Einführung der Creative-Commons-Lizenzen im Jahr 2002 erlaubte Wikipedia zudem die Lizenzierung von den Einträgen hinzugefügten Bildern und Fotografien mittels einer Creative-Commons-Lizenz<sup>1626</sup>. Unter anderem aufgrund der Konzeption der GNU Free Documentation License als Lizenz für die Softwaredokumentation sowie der Inkompatibilität mit anderen Open-Content-Lizenzmodellen entschied sich Wikipedia für einen Lizenzwechsel zur Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0*<sup>1627</sup>.

Der Umstand, dass jeder Nutzer Einträge auf Wikipedia veröffentlichen und/oder an der Weiterentwicklung fremder Einträge mitarbeiten kann, liess Kritiker des Wikipedia-Projekts an der inhaltlichen Qualität der Beiträge zweifeln<sup>1628</sup>. Generell wird die geringere Qualität von Inhalten, die im Internet frei zugänglichen sind, gegenüber kommerziell vertriebenen Inhalten als Argument gegen den Einsatz offener Modelle angeführt. Befürworter sehen die Qualität von im Rahmen offener Modelle entstandenen Publikationen jedoch gerade in der dezentralisierten gemeinschaftlichen Schaffung mittels der Kollaboration und der Kontrolle zahlreicher Experten<sup>1629</sup>. Nicht zuletzt gewährleisten offene Modelle zudem aufgrund der Pflege und der

---

<sup>1622</sup> Vgl. das Interview von Wikinews mit Jimmy Wales, einem der Wikipedia-Gründer, vom 28.02.2006. Eine deutsche Übersetzung ist abrufbar unter [http://de.wikinews.org/w/index.php?title=Interview\\_mit\\_Jimmy\\_Wales:\\_Wie\\_geht\\_es\\_weiter\\_mit\\_Wikipedia%3F&oldid=577184](http://de.wikinews.org/w/index.php?title=Interview_mit_Jimmy_Wales:_Wie_geht_es_weiter_mit_Wikipedia%3F&oldid=577184). Zur Vorgeschichte und Entwicklung bis zur Gründung von Wikipedia vgl. FIEBIG ET AL., 18 ff.

<sup>1623</sup> <http://de.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>.

<sup>1624</sup> Stand Oktober 2012. Die aktuellen Zahlen der Wikipedia-Einträge in den verschiedenen Sprachen sind abrufbar unter <http://www.wikipedia.org/>.

<sup>1625</sup> SHIRKY, 109.

<sup>1626</sup> Dabei war entweder die ausschliessliche Lizenzierung der Bilder und Fotos mittels einer Creative-Commons-Lizenz oder aber die Mehrfachlizenzierung möglich, siehe ROSENKRANZ, 32.

<sup>1627</sup> Vgl. [http://meta.wikimedia.org/wiki/Licensing\\_update/Result](http://meta.wikimedia.org/wiki/Licensing_update/Result). Zum Vorgehen beim Lizenzwechsel und der Problematik der Rückwirkung vgl. ROSENKRANZ, 32 f. sowie 100 ff., insbesondere 105 ff.

<sup>1628</sup> Vgl. ROSENKRANZ, 31 m.w.N.

<sup>1629</sup> Vgl. zum ganzen STROBEL, 781.

fortwährenden Kontributionen die Aktualität der so geschaffenen Inhalte<sup>1630</sup> sowie die Orientierung an den Interessengebieten der Nutzer<sup>1631</sup>.

## **2. Weitere Projekte von Creative Commons**

### **2.1. Allgemeines**

Creative Commons hat neben den sechs Standardlizenzen eine Reihe von weiteren Projekten lanciert, um der Öffentlichkeit Informationen zugänglich zu machen. Zu diesen Projekten gehören CC0 und CC+, auf die im Folgenden kurz eingegangen wird.

### **2.2. CC+**

#### **2.2.1. Erweiterung der Creative-Commons-Lizenzierung durch Einräumung zusätzlicher Rechte**

CC+ wurde entwickelt, um den Nutzern neben den Rechten, die sie durch die Creative-Commons-Standardlizenzen erhalten, weitere Nutzungsrechte einzuräumen. Ziel ist u.a. die Förderung des Einsatzes von Creative-Commons-Lizenzen zu kommerziellen Zwecken. CC+ ist keine neue Creative-Commons-Lizenz, sondern ein sog. Protokoll, also eine Vereinbarung, nach der die Kontaktierung, die Kommunikation und die Datenübertragung zwischen zwei Parteien ablaufen<sup>1632</sup>. CC+ ermöglicht es, mittels eines Mausklicks auf das entsprechende Icon mit dem Rechteinhaber in Verbindung zu treten, um über die Nutzungsbedingungen für die Einräumung weiterer Rechte zu verhandeln<sup>1633</sup>.

#### **2.2.2. Beurteilung**

CC+ ist ein gutes Instrument, um die Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte mittels einer Kombination des Einsatzes von Creative-Commons-Lizenzen und individuellen Lizenzvereinbarungen zu ermöglichen. Allerdings erfordert das Aushandeln zusätzlicher individueller Nutzungsbedingungen nicht selten juristisches Fachwissen, weshalb sich der Einsatz von

---

<sup>1630</sup> STROBEL, 781.

<sup>1631</sup> ROSENKRANZ, 32.

<sup>1632</sup> <http://wiki.creativecommons.org/CCPlus>.

<sup>1633</sup> Zu den ersten Unterstützern von CC+ gehören Yahoo!, Blip.tv, Beatpick, Jamendo, Pump Audio, Rights Agent, Youlicense, Strayform, Cloakx und Copyright Clearance Center.

CC+ insbesondere für Unternehmen lohnt, die ohnehin über eine Rechtsabteilung und demzufolge über juristisches Know-how verfügen<sup>1634</sup>.

## **2.3. CC0**

### **2.3.1. Begriff und Ziel**

In bestimmten Situationen kann es durchaus im Sinne des Urhebers oder Inhabers eines verwandten Schutzrechts sein, auf die Rechte an einem Werk oder auf ein verwandtes Schutzrecht vollumfänglich zu verzichten, sodass dieses bereits vor Ablauf der Schutzdauer gemeinfrei wird<sup>1635</sup>. Um Urhebern und Inhabern verwandter Schutzrechte die Möglichkeit zu bieten, ihre Rechte mittels einer an die Allgemeinheit gerichteten Erklärung aufzugeben, lancierte Creative Commons im Jahr 2007 das Projekt CC0<sup>1636</sup>. Die Gemeinfreierklärung mittels CC0 ist jedoch nur in Jurisdiktionen möglich, in denen die Urheberrechtsgesetzgebung die vollständige Aufgabe des Urheberrechts bzw. der verwandten Schutzrechte zulässt, was nicht in allen Rechtsordnungen ohne Weiteres möglich ist. Um die Gültigkeit von CC0 in solchen Ländern dennoch zu gewährleisten, wird in der Gemeinfreierklärung vorgesehen, dass in diesen Rechtsordnungen anstelle der Aufgabe der Rechte eine unwiderrufliche, nicht exklusive und kostenlose Lizenz angeboten wird, die im Rahmen der betreffenden Rechtsordnung jegliche Nutzungsarten zulässt<sup>1637</sup>.

### **2.3.2. Inhalt und Form der Erklärung**

Durch die Kennzeichnung eines Werks oder verwandten Schutzrechts mit CC0 erklärt der Urheber bzw. Rechteinhaber verbindlich, dass er im Rahmen der anwendbaren Rechtsordnung auf alle ihm am betreffenden Werk bzw. verwandten Schutzrecht zustehenden Urheberrechte, Leistungsschutzrechte und verwandten Schutzrechte sowie auf allfällige Datenbank-

---

<sup>1634</sup> Ein interessantes Projekt, das die Lizenzierung für sämtliche Marktteilnehmer vereinfachen soll, ist rightclearing, [www.rightclearing.com](http://www.rightclearing.com). Die Musikplattform restorm.com ([www.restorm.com](http://www.restorm.com)) hat mit rightclearing einen neuen Dienst entwickelt, der die Klärung der juristischen Fragen für die Parteien mittels Standardlizenzverträgen übernimmt. Ein Rechteinhaber kann ein Werk so unter einer Creative-Commons-Lizenz freigeben und gleichzeitig Preise für die Lizenzierung weiterer Rechte festlegen. Interessiert sich ein Nutzer für den Erwerb dieser Rechte, erhält er über die Internetplattform rightclearing nach der Übermittlung einiger Angaben, wie z.B. den Verwendungszweck, eine personalisierte Offerte. Nach der Bezahlung wird der Download der gewünschten Musikdatei für ihn freigegeben und er erhält den entsprechenden Lizenzvertrag zugestellt. Im Unterschied zu CC+ ist für die Lizenzierung via rightclearing somit kein juristisches Fachwissen nötig.

<sup>1635</sup> Gemäss dem englischen Ausdruck für diesen Sachverhalt befindet sich das Werk oder das verwandte Schutzrecht nach Aufgabe des Urheberrechts in der *Public Domain*.

<sup>1636</sup> Vgl. <http://wiki.creativecommons.org/CC0> sowie <http://www.netzpolitik.org/2009/neu-im-cc-programm-cc0/>.

<sup>1637</sup> Vgl. Ziffer 3 der CC0-Erklärung im Anhang C.

schutzrechte zusammen mit allen damit verbundenen Ansprüchen und Einreden verzichtet; vom Verzicht nicht umfasst werden ausdrücklich allfällige Marken- und Patentrechte am betreffenden Inhalt<sup>1638</sup>.

CC0 enthält zudem einen – soweit nach dem anwendbaren Recht zulässig – ausdrücklichen und vollumfänglichen Haftungs- und Gewährleistungsausschluss in Bezug auf die Eigenschaften des betreffenden Werks sowie für die Verletzung allfälliger Rechte Dritter, die durch die Nutzung des Werks verletzt werden. Der Urheber bzw. Rechteinhaber, der sein Werk unter CC0 stellt, ist für die Verletzung solcher Drittrechte gegenüber dem Nutzer somit nicht haftbar. Insbesondere leistet der Urheber auch keinerlei Gewähr für das Fehlen solcher Drittrechte.

Bei CC0 existieren ebenso wie bei den Creative-Commons-Standardlizenzen<sup>1639</sup> drei Fassungen der privatrechtlichen Erklärung, die Kurzfassung (*Commons Deed*), der ausführliche Text (*Legal Code*) sowie die technische Version (*Digital Code*); letztere stellt eine maschinenlesbare Übersetzung von CC0 dar und macht somit Werke mit einer CC0-Erklärung durch Suchmaschinen und andere Anwendungen auffindbar<sup>1640</sup>. Im Gegensatz zu den Creative-Commons-Standardlizenzen wurden die Lizenzbestimmungen von CC0 nie an die einzelnen Rechtsordnungen angepasst, sondern liegen nur in einer internationalen Fassung vor. Der rechtlich verbindliche Erklärungstext ist ausschliesslich in englischer Sprache verfügbar; die *Commons Deed* ist hingegen in einigen anderen Sprachen (so auch auf Deutsch) verfügbar.

### **2.3.3.        Rechtsnatur und Gültigkeit nach Schweizer Recht**

#### **2.3.3.1.     Rechtsnatur**

CC0 stellt eine einseitige Erklärung des Rechteinhabers dar, mittels derer er sämtliche ihm zustehenden und im CC0-Erklärungstext genannten Rechte an einem Werk bzw. seine verwandten Schutzrechte unwiderruflich aufgibt.

Im Sachenrecht ist die Aufgabe des Eigentums mittels Dereliktion möglich<sup>1641</sup>. Dabei handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das neben der Aufgabe des Besitzes an der betreffenden Sache den – ausdrücklich oder stillschweigend erklärten – Willen des Verzichtenden

---

<sup>1638</sup> Vgl. Ziffer 4a der CC0-Erklärung im Anhang C.

<sup>1639</sup> Vgl. vorne 65.

<sup>1640</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zum *Digital Code* der Standardlizenzen von Creative Commons vorne 66.

<sup>1641</sup> Vgl. Art. 729 ZGB.

zur Aufgabe seines Eigentums voraussetzt<sup>1642</sup>. Deshalb stellt sich nun aber allgemein die Frage, ob eine Dereliktion von Urheberrechten analog der Dereliktion von Sachen im Schweizer Recht überhaupt zulässig ist.

### 2.3.3.2. Gültigkeit

#### 2.3.3.2.1. Zulässigkeit des Verzichts auf das Urheberrecht in der Schweiz

Die h.L. bejaht die Zulässigkeit des Verzichts auf das Urheberrecht (zumindest bezüglich der Vermögensrechte)<sup>1643</sup>. Begründet wird dies insbesondere damit, dass das Urheberrecht nach Schweizer Recht übertragbar ist<sup>1644</sup>. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Übertragung vom Urheber an eine (oder mehrere) bestimmte Personen möglich sein soll, nicht aber die einseitige Verfügung des Rechteinhabers zugunsten der Allgemeinheit. Auch die Unverzichtbarkeit der Rechte des Kernbereichs des Urheberrechtspersönlichkeitsrechts, der mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gleichzusetzen ist<sup>1645</sup>, macht die Dereliktion des Urheberrechts nicht unmöglich, zumal sie auch der Übertragung des Urheberrechts nach Art. 16 Abs. 1 URG nicht entgegensteht. Sie hat lediglich zur Folge, dass der Urheber Inhaber dieser Kernrechte bleibt und sich bei einer Verletzung folglich auf diese berufen kann. Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, bisher lediglich zur Möglichkeit einer Verwirkung der Klagebefugnis des Urhebers bei Duldung einer Rechtsverletzung geäußert. So ist eine Verwirkung der Geltendmachung von urheberrechtlichen Befugnissen laut Bundesgericht grundsätzlich – wenn auch nur unter ganz restriktiven Voraussetzungen – möglich<sup>1646</sup>.

Gemäss der vorliegend vertretenen Ansicht ist der Verzicht auf das Urheberrecht mittels einer CC0-Erklärung somit der Dereliktion im Sachenrecht gleichzusetzen<sup>1647</sup>. Für den gültigen Rechtsverzicht wird, analog zur Dereliktion<sup>1648</sup>, eine Erklärung des Verzichtenden vorausgesetzt, wonach dieser auf die ihm zustehenden Rechte verzichtet. Die im Sachenrecht geforder-

---

<sup>1642</sup> ZK-ZOBL, N 7 und 10 zu Art. 729 ZGB; BK-LEEMANN N 6, 10 und 12 zu Art. 729 ZGB; BSK ZGB II-SCHWANDER, N 2 zu Art. 729.

<sup>1643</sup> BARRELET/EGLOFF, N 14 zu Art. 16. Die Autoren bejahen die Verzichtbarkeit des Urheberrechts in vollem Umfang, wollen dem Verzichtenden aber in Bezug auf die Urheberpersönlichkeitsrechte ein Widerrufsrecht einräumen. Vgl. zudem REHBINDER/VIGANÒ, N 13 zu Art. 16, die Autoren bejahen die Verzichtbarkeit im Umfang der rechtsgeschäftlichen Verfügbarkeit. Siehe auch FRÖHLICH-BLEULER, OSS, 184; MENN, 157; A. TROLLER, IGR II, 778; UHL, Verfügung, 112.

<sup>1644</sup> So statt vieler REHBINDER/VIGANÒ, N 13 zu Art. 16.

<sup>1645</sup> Vgl. vorne 98.

<sup>1646</sup> BGE 85 II 120, E. 9; BGE 94 II 37, E. 6c; BGE 99 IV 50, E. 2.

<sup>1647</sup> Vgl. HILTY, sic! 1997, 137, der die Freigabe von „*share ware*“ oder „*free ware*“ an die Allgemeinheit als „eine Art Dereliktion“ bezeichnet. Siehe auch MENN, 157.

<sup>1648</sup> BSK ZGB-SCHWANDER, N 2 zu Art. 729.

te Besitzaufgabe ist im Zusammenhang mit Rechten hingegen nicht möglich (und auch nicht nötig).

#### 2.3.3.2.2. Gültige Erklärung

Ein gültiger Rechtsverzicht setzt voraus, dass der erklärende Urheber sich dessen bewusst ist, eine Erklärung über die Aufgabe seiner Urheberrechte abzugeben, und dies auch will<sup>1649</sup>. Ebenso wie für die Generierung der Creative-Commons-Standardlizenzen<sup>1650</sup> stellt die Organisation Creative Commons auf ihrer Website einen Lizenzgenerator für die Erstellung einer CC0-Erklärung zur Verfügung<sup>1651</sup>. Der verfügende Urheber hat dort folgende Aussagen mittels Anklickens einer Box zu bestätigen<sup>1652</sup>:

1. So weit wie es rechtlich möglich ist, gebe ich hiermit alle Urheberrechte, Leistungsschutzrechte und verwandten Schutzrechte zusammen mit allen damit verbundenen Ansprüchen und Einreden an diesem Werk auf.
2. Ich habe die Regelungen von CC0 und den gewollten rechtlichen Effekt dieses Werkzeugs gelesen und verstanden und entschliesse mich hiermit bewusst, CC0 auf dieses Werk anzuwenden.

Die Regelungen von CC0 sind für den Erklärenden dabei jederzeit einsehbar und auch örtlich so platziert (oberhalb der Box zur Abgabe der Einverständniserklärung), dass sie der Erklärende nicht übersehen kann. Dass der verbindliche CC0-Erklärungstext nur auf Englisch verfügbar ist, steht der Wirksamkeit der CC0-Erklärung nicht entgegen<sup>1653</sup>.

In einem zweiten Schritt wird der Verzichtende erneut darauf hingewiesen, dass er durch Generieren der CC0-Erklärung auf sämtliche Rechte an seinem Werk im zulässigen Umfang unwiderruflich verzichtet. Bestätigt der Verzichtende seine Erklärung, wird die CC0-Erklärung generiert und der Erklärende erhält – mit derselben Möglichkeit der Einbettung der Metadaten in die eigene Website wie bei den Creative-Commons-Standardlizenzen<sup>1654</sup> – folgendes Symbol:

---

<sup>1649</sup> Vgl. allgemein zum Erklärungswillen BSK OR I-BUCHER, N 15 zu Art. 1.

<sup>1650</sup> Vgl. vorne 66.

<sup>1651</sup> Vgl. <http://creativecommons.org/choose/zero/>.

<sup>1652</sup> Vgl. für den gesamten Text die im Anhang C abgedruckte CC0-Erklärung.

<sup>1653</sup> Vgl. vorne 175.

<sup>1654</sup> Vgl. vorne 66.



Durch einen Klick auf das Symbol gelangt der Nutzer, ebenso wie bei den sechs Standardlizenzen<sup>1655</sup>, auf die *Commons Deed* der CC0-Erklärung, die wiederum einen Link auf den rechtlich verbindlichen Erklärungstext enthält. Da es sich bei der CC0-Erklärung nicht um ein Angebot zum Vertragsschluss handelt, sondern vielmehr um eine einseitige Erklärung des Rechteinhabers, ist im Gegensatz zu den Creative-Commons-Standardlizenzen<sup>1656</sup> keine Annahmeerklärung (in Form einer Willensbetätigung) durch den Nutzer nötig. Vielmehr entfaltet die Verzichtserklärung unmittelbar Wirkung.

#### 2.3.4. Umfang des Rechtsverzichts

Um den Umfang des Rechtsverzichts durch die CC0-Erklärung zu ermitteln, ist diese nach den allgemeinen Regeln und der im Urheberrecht anzuwendenden Zweckübertragungstheorie<sup>1657</sup> auszulegen<sup>1658</sup>. Gemäss dem Wortlaut des CC0-Erklärungstexts verzichtet der Erklärende im nach dem anwendbaren Recht grösstmöglichen Umfang auf sämtliche Urheberrechte und verwandte Schutzrechte. Ausdrücklich erwähnt werden nachfolgend im Sinne einer Klarstellung das Recht, Werkexemplare herzustellen (*right to reproduce*), das Bearbeitungsrecht (*right to adapt*), das Verbreitungsrecht (*right to distribute*), das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (*right to perform*), das Recht zur – direkten oder indirekten – Wahrnehmbarmachung (*right to display*), das Sende- und Weitersenderecht (*right to communicate*) sowie das Recht, Übersetzungen herzustellen (*right to translate*). In Bezug auf die umfassten Teilrechte des Urheberrechts bedeutet dies, dass sämtliche dem Urheber durch Art. 10 Abs. 2 URG zugesprochenen Teilrechte sowie das in Art. 11 Abs. 1 URG enthaltene Bearbeitungsrecht von der CC0-Erklärung erfasst werden. Des Weiteren werden ausdrücklich auch die dem Urheber zukommenden Urheberpersönlichkeitsrechte (*moral rights*) umfasst.

Im Schweizer Recht ist ein Verzicht auf die als übertragbar geltenden Urheberpersönlichkeitsrechte zulässig<sup>1659</sup>. Der unverzichtbare Kern der Urheberpersönlichkeitsrechte bleibt hingegen

---

<sup>1655</sup> Vgl. vorne 174.

<sup>1656</sup> Vgl. vorne 165.

<sup>1657</sup> Art. 16 Abs. 2 URG.

<sup>1658</sup> Vgl. statt vieler REHBINDER/VIGANÒ, N 13 zu Art. 16.

<sup>1659</sup> Vgl. vorne 94; in dieser Arbeit wird der neueren Lehre folgend von der grundsätzlichen Übertragbarkeit (und folglich auch Verzichtbarkeit) der Urheberpersönlichkeitsrechte ausgegangen. Verneint man die Übertragbarkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte, muss von einem Verzicht des CC0-Erklärs gegenüber der Allgemeinheit auf die Geltendmachung der Ansprüche aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht ausgegangen werden.



bestehen, verhindert die einseitige Verfügung über die übrigen Urheberpersönlichkeitsrechte und die Nutzungsrechte aber nicht<sup>1660</sup>.

Neben den urheberrechtlichen Verwertungsrechten sowie den Urheberpersönlichkeitsrechten umfasst die CC0-Erklärung ausdrücklich auch den Verzicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht von im betreffenden Werk abgebildeten Personen (*publicity and privacy rights pertaining to a person's image or likeness depicted in a work*). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist im Schweizer Recht unübertragbar und somit auch unverzichtbar<sup>1661</sup>. Möglich bleibt allerdings der (verbindliche) vorgängige Verzicht auf die Geltendmachung einer Persönlichkeitsverletzung<sup>1662</sup>. Ein gültiger Verzicht setzt insbesondere Urteilsfähigkeit (gemäss h.L. aber keine Handlungsfähigkeit) des Verzichtenden voraus<sup>1663</sup>. Zudem muss sich der Verzichtende über die Folgen seines Verzichts im Klaren sein, woraus folgt, dass der Verzichtende nur in eine konkrete Persönlichkeitsverletzung einwilligen kann<sup>1664</sup>. Ob eine Einwilligung genügend konkret ist, hängt von den Umständen im Einzelfall ab<sup>1665</sup>. Ob ein allgemeiner Verzicht auf das Persönlichkeitsrecht, wie ihn die CC0-Erklärung vorsieht, einer gerichtlichen Beurteilung im Einzelfall standhält, ist zumindest fraglich.

### **2.3.5. Wirkung des Rechtsverzichts auf die Rechte Dritter**

Gemäss h.L. ist die Dereliktion von Sachen auch dann möglich, wenn Rechte Dritter daran bestehen. Diese bleiben von der Dereliktion unberührt<sup>1666</sup>. Im Sinne einer analogen Anwendung auf das Urheberrecht bedeutet dies, dass die Rechte an einem Werk mittels einer CC0-Erklärung grundsätzlich auch aufgegeben werden können, wenn Dritten an diesem Rechte zukommen. Analog zum Sachenrecht tangiert ein Verzicht solche Drittrechte nicht.

### **2.3.6. Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags mit einer Verwertungsgesellschaft**

Wie im Zusammenhang mit den Creative-Commons-Standardlizenzen bereits festgehalten<sup>1667</sup>, kann ein (vormaliger) Rechteinhaber nach Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags mit einer

---

<sup>1660</sup> Vgl. vorne 95.

<sup>1661</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 10.30; HAAS, N 20 f.

<sup>1662</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 10.31; TERCIER, N 327; HAAS, N 21.

<sup>1663</sup> Art. 19 Abs. 2 ZGB; AEBI-MÜLLER, N 223; BRÜCKNER, N 539; DESCHENAUX/STEINAUER, N 588g; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 898; TERCIER, N 629; HAAS, N 260.

<sup>1664</sup> HAAS, N 585 und N 807; AEBI-MÜLLER, N 217 und 224; BÄCHLI, 50 und 87; GEISER, N 9.7 und 9.10.

<sup>1665</sup> GEISER, N 9.7; BÄCHLI, 50; vgl. eingehend HAAS, N 808 ff.

<sup>1666</sup> BK-LEEMANN, N 13 zu Art. 729 ZGB; ZK-ZOBL, N 16 zu Art. 729 ZGB; BSK ZGB II-SCHWANDER, N 3 zu Art. 729; SCHNEIDER, 249; BGE 50 II 232, E. 2; a.M. ZK-SCHERRER, N 13 zu Art. 718/719 ZGB.

<sup>1667</sup> Vgl. vorne 257 ff.

Verwertungsgesellschaft mangels Rechteinhaberschaft nicht mehr rechtsgültig über sein Werk verfügen. Es bleibt ihm somit auch verwehrt, sein Werk unter eine CC0-Lizenz zu stellen.

Da es sich beim Verzicht auf das Urheberrecht um ein dinglich wirkendes (einseitiges) Rechtsgeschäft handelt, kann sich der Wahrnehmungsvertrag jedoch nicht auf die Rechte erstrecken, auf die der Rechteinhaber mittels der CC0-Erklärung bereits verzichtet hat. Hier schliesst schon der Grundsatz *„nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet“* eine nochmalige Verfügung des (vormaligen) Rechteinhabers in Form einer Übertragung auf eine Verwertungsgesellschaft aus.

### **2.3.7.      Fazit**

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Verzicht auf Urheberrechte und verwandte Schutzrechte mittels CC0 analog der Dereliktion im Sachenrecht als einseitiges Rechtsgeschäft zu qualifizieren. Aufgrund des Umfangs der Verzichtserklärung sowie der Zulässigkeit des Rechtsverzichts im Schweizer Recht umfasst die CC0-Erklärung sämtliche vermögensrechtlichen Aspekte des Urheberrechts, die ihm zufließenden Rechte aus der Gesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb sowie die übertrag- und verzichtbaren Urheberpersönlichkeitsrechte. Die Geltendmachung der zum Kernbereich gehörenden Urheberpersönlichkeitsrechte sowie der allgemeinen Persönlichkeitsrechte von in einem Werk abgebildeten Personen bleiben dabei vorbehalten. Aufgrund der zahlreichen Hinweise bei der Generierung der Erklärung auf der Website von Creative Commons, dass die Rechteinhaberstellung bei der Verbreitung eines Werks unter Beigabe einer CC0-Erklärung verloren geht, kann zudem davon ausgegangen werden, dass zumindest all jene Personen, die den Lizenzgenerator nutzen, sich der Rechtsfolge ihrer Erklärung bewusst sind, womit diese gültig ist und unmittelbar – d.h. ohne Annahmeerklärung des Nutzers – Wirkung entfaltet.

## Teil VIII Schlussbetrachtung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Creative-Commons-Lizenzen nach Schweizer Recht gültig und durchsetzbar sind. Durch die Veröffentlichung eines Werks unter einer Creative-Commons-Lizenz gibt der Rechteinhaber eine *Offerta ad incertas personas* ab, die vom Lizenznehmer durch Realakzept angenommen wird. Dadurch entsteht ein gültiger Innominatkontrakt, auf den – unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Creative-Commons-Verträge als standardisierte, unentgeltliche Massenverträge – die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten lizenzvertragsrechtlichen Regeln Anwendung finden.

Ob ein Nutzer einen Creative-Commons-Vertrag zum Abschluss bringen will, kann dieser selbst entscheiden. Nutzt er den Lizenzgegenstand in einem über die gesetzlichen Schrankenbestimmungen hinausgehenden Mass, kommt es zum Vertragsschluss, tut er dies nicht, bleibt er vertraglich ungebunden. Da sämtliche Creative-Commons-Verträge die dem Nutzer durch das Gesetz zukommenden Rechte noch erweitern und ein Verstoss gegen die Lizenzbestimmungen lediglich den Wegfall der Nutzungserlaubnis zur Folge hat, bestehen zudem insbesondere auf der Seite des Lizenznehmers keine unzumutbaren Risiken. Es ist deshalb vom Zustandekommen des Creative-Commons-Vertragsverhältnisses auszugehen, wenn der Rechteinhaber den Lizenzgegenstand unter eine für den Lizenznehmer fremdsprachige Creative-Commons-Lizenz stellt, zumal die *Commons Deed*, also die Kurzzusammenfassung des Lizenztextes, jederzeit auf Deutsch verfügbar ist. Schliesslich muss ein Creative-Commons-Lizenznehmer im Regelfall nicht damit rechnen, dass eine Creative-Commons-Lizenz gekündigt oder angefochten wird, da es hierzu einer empfangsbedürftigen Willenserklärung bedarf, die mangels Kenntnis der Identität der Werknutzer diesen kaum je zugehen kann. Kommt es trotzdem zu einem (gültigen) Widerruf, trifft den Nutzer lediglich eine Unterlassungspflicht für die Zukunft, zumal er bis zur Kenntnis des Widerrufs vom Bestehen der Creative-Commons-Lizenz ausgehen durfte und ihn somit kein Verschulden trifft.

Mit mehr Problemen ist die Creative-Commons-Lizenzierung auf Seiten des Lizenzgebers behaftet. Der in der Praxis bisher grösste Problembereich besteht in der Unvereinbarkeit der Creative-Commons-Lizenzen mit der Mitgliedschaft bei einer Verwertungsgesellschaft (namentlich der SUISA). Will ein Urheber ein Werk unter eine Creative-Commons-Lizenz stellen, muss er sich folglich gegen die Mitgliedschaft bei der SUISA entscheiden, wenn er nicht Gefahr laufen will, von dieser oder – auf dem Weg des Rückgriffs – von einem Nutzer in die Pflicht genommen zu werden. Zudem ist aufgrund der unklaren Situation in Bezug auf das

Bestehen eines Sukzessionsschutzes nicht restlos gekärt, was mit Creative-Commons-Lizenzen geschieht, die bereits vor dem Beitritt eines Rechteinhabers zu einer Verwertungsgesellschaft erteilt wurden. Schliesslich ist schon der Antrag zum Abschluss einer Creative-Commons-Lizenz praktisch unwiderrufbar. Dadurch ist im Zusammenhang mit dem Beitritt zu einer Verwertungsgesellschaft nicht nur unklar, was mit bereits geschlossenen Creative-Commons-Verträgen geschieht, sondern auch, wie sich die Rechtslage darstellt, wenn ein Angebot zum Abschluss einer Creative-Commons-Lizenz zwar bereits vor dem Beitritt zu einer Verwertungsgesellschaft abgegeben wurde, jedoch erst danach angenommen wird.

Für den Lizenzgeber stellt sich– aufgrund der teilweise sehr langen Dauer der Creative-Commons-Lizenzen – ferner die Frage nach einer möglichen Kündigung. Da die Creative-Commons-Lizenzen dem Lizenzgeber aber abgesehen vom Verzicht auf die Geltendmachung seines Ausschliesslichkeitsrechts keine weiteren Pflichten auferlegen (insbesondere auch keine Genusserhaltungspflicht), ist eine übermässige Bindung wohl generell auszuschliessen. Selbst wenn aber im Einzelfall vom Vorliegen einer übermässigen Bindung auszugehen wäre, führt dies nicht etwa zur Nichtigkeit des Creative-Commons-Vertrags. Vielmehr hat der Lizenzgeber ein Recht, sein Nutzungsrecht ex nunc zu widerrufen. Wie erwähnt, handelt es sich beim Widerruf ebenso wie auch bei der Anfechtung eines Creative-Commons-Vertrags wegen Willensmängeln aber um empfangsbedürftige Willenserklärungen, die ohne Kenntnis der Identität der Lizenznehmer diesen nicht zugehen können.

Ein weiteres Risiko der Creative-Commons-Lizenzierung besteht darin, dass ein Nichtberechtigter ein Werk unter eine Creative-Commons-Lizenz stellt. Dies ist aber nicht ein spezifisches Problem der Creative-Commons-Lizenzen, sondern aufgrund des Fehlens eines Registerintrags des gesamten Urheberrechts – insbesondere im Zusammenhang mit der Werkverbreitung im Internet. Zwar könnte diesem Problem zum Teil mit dem Einsatz digitaler Signaturen beigegeben werden, jedoch würde deren obligatorischer Einsatz zu einer gewissen Schwerfälligkeit des Creative-Commons-Lizenzsystems führen, was der von Creative Commons beabsichtigten Einfachheit des System wohl widerspricht.

Überhaupt waren über die letzten Jahre im Zusammenhang mit der Weiterentwicklung der Creative-Commons-Lizenzen Tendenzen zu einer gewissen Verkomplizierung des Systems ersichtlich. Das mag zum einen damit zusammenhängen, dass zu gewissen, kontroversen Punkten wie etwa zur Frage der Regelung der Datenbankrechte von Creative Commons bisher keine klare Stellung bezogen wurde. Daraus resultierten unterschiedliche Regelungen in den verschiedenen Jurisdiktionen. Zudem brachte die Anpassung der Lizenzen an die nationalen

Rechtsordnungen neben den angestrebten Vorteilen der Nutzerfreundlichkeit und Erhöhung der weltweiten Durchsetzbarkeit einen enormen Aufwand mit sich, der ebenfalls zur besagten Verkomplizierung des Systems beitrug. Durch die derzeit stattfindende Entwicklung einer einzigen, global gültigen Lizenz wird diesen Tendenzen wieder etwas entgegengewirkt. Allerdings sind den Möglichkeiten, ein einfaches System der Nutzungsrechteeinräumung zu schaffen, durch die zwingenden Vorgaben der Urheberrechtsgesetzgebung Grenzen gesetzt, zumal das Creative-Commons-Lizenzsystem auf dem geltenden Urheberrecht aufbaut und dieses nicht etwa ersetzt.

Im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit der Creative-Commons-Lizenzen bei Vorliegen eines internationalen Verhältnisses stellt sich die Frage nach der Bestimmung des anwendbaren Rechts. Nach der hier vertretenen Ansicht kann es insbesondere im Hinblick auf die vom Vertragsstatut geregelten Fragen zu Problemen kommen, da die Lizenzen der Version 3.0 keine Rechtswahlklausel mehr enthalten, womit allenfalls ausländisches Recht auf die an das Schweizer Recht angepassten Verträge anwendbar ist. Mit dem Wechsel zur Version 4.0 fällt diese Problematik allerdings weg, soweit auch tatsächlich – wie geplant – auf die Anpassung der Lizenzen an die verschiedenen Rechtsordnungen verzichtet wird. Ein weiteres Risiko in Bezug auf das Fehlen einer Rechtswahlklausel besteht im Zusammenhang mit Werken, die durch mehrere Urheber mit Wohnsitz in verschiedenen Ländern geschaffen wurden, da es bei einer solchen Konstellation u.U. vorkommen kann, dass mit Hinblick auf die vertragsrechtlichen Fragen für verschiedene Urheber das Recht unterschiedlicher Staaten angewendet werden muss.

Die genannten Problemfelder führen nach der vorliegend vertretenen Ansicht jedoch nicht dazu, dass die Creative-Commons-Lizenzen nach Schweizer Recht als ungültig oder nicht durchsetzbar zu qualifizieren wären. Zwar hat bis dato – soweit ersichtlich – noch kein Schweizer Gericht über die Gültigkeit und Durchsetzbarkeit einer Creative-Commons-Lizenz entschieden, jedoch ist aufgrund der in der vorliegenden Arbeit erzielten Ergebnisse und insbesondere auch mit Blick auf die Entscheide in anderen (insbesondere auch kontinentaleuropäischen) Ländern davon auszugehen, dass auch Schweizer Gerichte die Gültigkeit der Creative-Commons-Lizenzen bestätigen werden.

In welchem Umfang sich die Verwendung von Creative-Commons-Lizenzen weiter durchsetzt, kann nicht abschliessend beurteilt werden. Ein entscheidendes Element für die weitere Verbreitung ist sicherlich die Möglichkeit der Kombination mit der Mitgliedschaft in einer Verwertungsgesellschaft bzw. die Entwicklung neuer Modelle wie der in Deutschland geplan-

ten Creative-Commons-Verwertungsgesellschaft<sup>1668</sup> oder Projekte wie das rightclearing von restorm.com<sup>1669</sup>. Zudem besteht ein zentraler Punkt des Erfolges der Creative-Commons-Lizenzen in der Nutzerfreundlichkeit des Systems. Dieses Ziel wird durch die Zurverfügungstellung des Lizenzgenerators – und der damit verbundenen Möglichkeit der direkten Einbettung entsprechender Metadaten auf der eigenen Website – sowie durch das Bestehen der Kurzzusammenfassungen der Lizenzbedingungen (*Commons Deed*) erreicht.

Schliesslich bieten CC+ und CC0 weitere interessante Möglichkeiten der Werkverbreitung. Das Protokoll CC+ soll Rechteinhabern und Nutzern den Abschluss von Nutzungsverträgen erleichtern, die über eine Creative-Commons-Lizenz hinausgehende Rechte einräumen. Das sind insbesondere Rechte für die kommerzielle Nutzung, können aber auch andere Rechte sein. Mit CC0 erhält der Rechteinhaber zudem die Möglichkeit, sein Urheberrecht an einem Werk soweit zulässig aufzugeben. Aufgrund der Unmöglichkeit des vollständigen Verzichts auf Urheberpersönlichkeitsrechte im Schweizer Recht, kann der Urheber die unübertragbaren Urheberpersönlichkeitsrechte bei einem Verstoss trotz vorgängiger Verzichtserklärung jederzeit geltend machen.

Die Informationsgesellschaft sieht sich mit einer ungeheuren Vielzahl von Möglichkeiten für die Werkverbreitung und -beschaffung konfrontiert. Dass die aktuelle Rechtslage keine optimalen Bedingungen zur Nutzung dieser Möglichkeiten gibt, ist eine Tatsache, die sich in absehbarer Zeit wohl nicht ändern wird. Solange das geltende Urheberrecht aber keine akzeptablen Möglichkeiten für sämtliche Urheber und Nutzer bei der Verbreitung und Verwendung von Werken bietet, können Rechteinhaber auf Instrumente wie die Creative-Commons-Lizenzen zurückgreifen. Zwar erhält der Rechteinhaber aus der Rechteeinräumung mittels einer Creative-Commons-Lizenz keinen unmittelbaren finanziellen Wert, doch kann er – sofern er an einem Entgelt überhaupt interessiert ist – die kostenlose Rechteeinräumung mit der kommerziellen Verwertung seines Werks verbinden, indem er die Creative-Commons-Lizenzen beispielsweise als Marketinginstrument einsetzt und weitere Werke oder Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Lizenzgegenstand kommerziell anbietet. In diesem Zusammenhang bleibt abzuwarten, ob in Zukunft vermehrt Modelle entwickelt werden, die sich zur Monetarisierung von Creative-Commons-lizenzierten Werken eignen.

Im Wissenschaftsbereich hängt der Erfolg von alternativen Verwertungsansätzen wie dem Einsatz von Creative-Commons-Lizenzen von den weiteren Entwicklungen im Zusammen-

---

<sup>1668</sup> Vgl. [www.c-3-s.eu/index\\_de.html](http://www.c-3-s.eu/index_de.html).

<sup>1669</sup> Vgl. [www.rightclearing.com](http://www.rightclearing.com).

hang mit dem Urheberrecht und dem Verhalten der Wissenschaftsverlage ab. Werden hier keine allgemein tragfähigen Regeln und Modelle zur Verwertung der überwiegend durch öffentliche Gelder finanzierten Forschung entwickelt, die den Bibliotheken und wissenschaftlichen Institutionen die Beschaffung wissenschaftlicher Literatur erlauben, so wird dem Open-Access-Modell und damit auch dem Einsatz von Open-Content-Lizenzen eine immer wichtigere Rolle zukommen. Um die Verwendung von Creative-Commons-Lizenzen im Wissenschaftsbereich zusätzlich zu fördern, sind vermehrt Modelle zu entwickeln, die gewisse wissenschaftliche Standards wie etwa das Peer Review beibehalten.

Vor diesem Hintergrund kann man auf zukünftige Entwicklungen auf dem Gebiet der Creative-Commons-Lizenzierung gespannt sein.

## **Anhang A**

**Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe*  
*unter gleichen Bedingungen* (BY-NC-SA) 3.0 Schweiz**





## **Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen (BY-NC-SA) 3.0 Schweiz**

CREATIVE COMMONS CORPORATION IST KEINE ANWALTSKANZLEI UND BIETET KEINE RECHTLICHEN AUSKÜNFTE BZW. DIENSTLEISTUNGEN AN. DIE VERBREITUNG DIESER LIZENZ FÜHRT NICHT ZU EINEM MANDATSVERHÄLTNIS DES EMPFÄNGERS MIT CREATIVE COMMONS. CREATIVE COMMONS ÜBERNIMMT KEINE GEWÄHR FÜR DIE ZUR VERFÜGUNG GESTELLTEN INFORMATIONEN UND LEHNT JEGLICHE HAFTUNG FÜR SCHÄDEN AB, DIE AUS DEM GEBRAUCH DIESER INFORMATIONEN ERWACHSEN. DIESER AUSSCHLUSS VON GEWÄHRLEISTUNG UND HAFTUNG ERSTRECKT SICH AUCH AUF DIE PERSONEN, DIE AN DER ADAPTIERUNG DES VORLIEGENDEN LIZENZTEXTS ANS SCHWEIZERISCHE RECHT MITGEWIRKT HABEN.

### ***Lizenz***

Durch die Ausübung eines durch diese Lizenz gewährten Rechts an dem Lizenzgegenstand erklären Sie sich mit den Lizenzbedingungen rechtsverbindlich einverstanden. Soweit diese Lizenz als Vertrag anzusehen ist, gewährt Ihnen der Lizenzgeber die in der Lizenz genannten Rechte unentgeltlich und im Austausch dafür, dass Sie das Gebundensein an die Lizenzbedingungen akzeptieren.

Der „**Lizenzgeber**“, d.h. die Person, welche den Lizenzgegenstand unter dieser Lizenz zur Verfügung stellt,

und

„**Sie**“, d.h. die natürliche oder juristische Person, welche die in dieser Lizenz im Abschnitt 3 genannten Nutzungen des Lizenzgegenstandes vornimmt und zuvor im Hinblick auf den Lizenzgegenstand nicht gegen die Bedingungen dieser Lizenz verstossen oder aber die ausdrückliche Erlaubnis des Lizenzgebers erhalten hat, die durch diese Lizenz gewährten Nutzungsrechte trotz eines vorherigen Verstosses auszuüben,

vereinbaren mit dieser Creative Commons Public License („CCPL“ oder „Lizenz“) die Nutzungsbedingungen für den Lizenzgegenstand,

im Einzelnen:

## 1. Definitionen

- a. **„Lizenzgegenstand“** kann ein urheberrechtlich geschütztes Werk sein oder eine durch verwandte Schutzrechte geschützte Leistung.
- b. Eine **„Sammlung“** im Sinne dieser Lizenz ist eine Zusammenstellung des Lizenzgegenstands mit anderen Werken oder sonstigen Elementen, unabhängig davon, ob an der Sammlung selbst aufgrund der Anordnung oder der Auswahl des Inhalts ein Urheberrecht entsteht. Als Sammlung gelten auch Datenbanken, unabhängig davon, ob an der Datenbank selbst aufgrund der Anordnung oder der Auswahl des Inhalts ein Urheberrecht entsteht. Die Aufnahme des Lizenzgegenstandes in eine Sammlung gilt nicht als Abwandlung des Lizenzgegenstandes.
- c. Eine **„Abwandlung“** im Sinne dieser Lizenz ist jede Veränderung des Lizenzgegenstandes, insbesondere eine Umgestaltung, Bearbeitung, Änderung, Anpassung oder Übersetzung, solange der Lizenzgegenstand in seinem individuellen Charakter erkennbar bleibt. Nicht als Abwandlung des Lizenzgegenstandes gilt seine Aufnahme in eine Sammlung.
- d. **„Rechteinhaber“** ist der Urheber des Lizenzgegenstandes, der Inhaber verwandter Schutzrechte oder jede andere Person, die am Lizenzgegenstand Nutzungsrechte erlangt hat, welche die Einräumung von Nutzungsrechten oder die Weiterübertragung der Nutzungsrechte an Dritte erlauben.
- e. Ein **„Werk“** ist eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter.
- f. Ein **„verwandtes Schutzrecht“** ist ein Recht an einer kulturellen Leistung, welche nicht als Werk geschützt ist, wie etwa jene von ausübenden Künstlern, Herstellern von Ton- und Tonbildträgern oder Sendeunternehmen.
- g. **„Öffentlich Wiedergeben“** ist das Vortragen des Lizenzgegenstandes direkt oder mit irgendwelchen Mitteln, das Aufführen, das Vorführen, das anderswo Wahrnehmbar machen oder das Zugänglichmachen in der Weise, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben.
- h. **„Vervielfältigen“** bedeutet, mittels beliebiger Verfahren vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigungsstücke des Lizenzgegenstandes herzustellen und umfasst auch den Vorgang der erstmaligen körperlichen Fixierungen des Lizenzgegenstandes und der Herstellung von Vervielfältigungen dieser Fixierungen sowie die Übertragung des Lizenzgegenstandes auf einen Bild- oder Tonträger oder auf ein anderes elektronisches Medium, gleich ob in digitaler oder analoger Form.
- i. **„Verbreiten“** bedeutet, den Lizenzgegenstand oder Abwandlungen im Original oder in Form von Vervielfältigungsstücken, mithin in körperlich fixierter Form der Öffentlichkeit zugänglich zu machen oder in Verkehr zu bringen.
- j. **„Lizenzelemente“** sind die folgenden, vom Lizenzgeber ausgewählten und im Titel dieser Lizenz genannten Lizenzcharakteristika:  
**„Namensnennung“**, **„Nicht-kommerziell“**, **„Weitergabe unter gleichen-Bedingungen“**.

- k. **„Kommerziell“** bedeutet vorrangig vorgesehen für oder gerichtet auf einen geschäftlichen Vorteil oder eine geldwerte Vergütung. Der Austausch des Lizenzgegenstands gegen andere urheberrechtlich geschützte Werke oder Leistungen mittels digitalem File-Sharing gilt nicht als kommerziell, wenn in Verbindung mit dem Austausch des Lizenzgegenstandes tatsächlich keine Zahlung oder geldwerte Vergütung geleistet wird. **„Nicht kommerziell“** hat eine dementsprechende Bedeutung.

## 2. Schranken des Urheberrechts

Dieser Lizenzvertrag lässt sämtliche Befugnisse unberührt, die sich aufgrund der Beschränkungen der ausschliesslichen Rechte des Rechteinhabers durch das Urheberrechtsgesetz (Eigengebrauch, Erschöpfungsgrundsatz etc.) oder durch andere Bestimmungen der anwendbaren Gesetzgebung ergeben.

## 3. Lizenzierung

Unter den Bestimmungen dieser Lizenz räumt Ihnen der Lizenzgeber die Befugnis ein, den Lizenzgegenstand weltweit, lizenzgebührenfrei, nicht exklusiv und zeitlich unbeschränkt (d.h. für die Schutzdauer des Werks oder des verwandten Schutzrechts) wie folgt zu nutzen:

- a. den Lizenzgegenstand zu vervielfältigen, ihn in eine oder mehrere Sammlungen aufzunehmen und ihn im Rahmen der Sammlung zu vervielfältigen;
- b. den Lizenzgegenstand abzuwandeln, d.h. ihn zu bearbeiten oder in anderer Weise umzugestalten, einschliesslich Übersetzungen unter Nutzung jeglicher Art von Medien anzufertigen, sofern deutlich erkennbar gemacht wird, dass es sich um eine Abwandlung handelt;
- c. den Lizenzgegenstand oder Vervielfältigungen davon zu verbreiten, öffentlich wiederzugeben, durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen, auch über Leitungen, zu senden, weiterzusenden oder sonstwie wahrnehmbar zu machen, wobei sich diese Befugnisse auch auf den in eine Sammlung aufgenommenen Lizenzgegenstand erstrecken;
- d. den abgewandelten, d.h. bearbeiteten oder umgestalteten Lizenzgegenstand zu vervielfältigen, verbreiten, öffentlich wiederzugeben, durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen, auch über Leitungen, zu senden, weiterzusenden oder sonstwie wahrnehmbar zu machen.

Die vorstehend genannten Befugnisse können für alle Nutzungsarten sowie in jedem Medium und Format ausgeübt werden, ob diese bereits bekannt sind oder erst in Zukunft entwickelt werden. Diese Befugnisse umfassen auch das Recht zu Änderungen, die technisch notwendig sind, um die Befugnisse in anderen Medien und Formaten auszuüben.

## 4. Bedingungen

Die in Ziffer 3 eingeräumten Befugnisse unterliegen den folgenden Bedingungen:

- a. Bei jeder Ausübung eines Rechts aus dieser Lizenz müssen Sie eine Kopie dieser Lizenz mitgeben. Sie können hiervon absehen, wenn Sie an Stelle dieser Lizenz die jedermann zugängliche Fundstelle dieser Lizenz bekannt geben (Uniform Resource Identifier, URI). Sie müssen bei der Ausübung eines Rechts aus dieser Lizenz alle Hinweise auf diese Lizenz und auf ihre Klauseln betreffend Gewährleistungs- und Haftungsausschluss beibehalten. Sie dürfen keine Vereinbarungen treffen, welche die Bedingungen

dieser Lizenz verschärfen oder die mit dieser Lizenz gewährten Rechte für einen Dritten einschränken. Sie dürfen für den Lizenzgegenstand keine Unterlizenz erteilen. Sie dürfen den Lizenzgegenstand nicht mit technischen Schutzmassnahmen versehen, die den Nutzer des Lizenzgegenstandes in der Ausübung der ihm durch diese Lizenz gewährten Rechte behindern können.

Ziffer 4 Buchstabe a gilt auch, falls der Lizenzgegenstand Bestandteil einer Sammlung ist. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Sammlung als solche diesen Lizenzbestimmungen unterstellt werden muss. Wenn Sie den Lizenzgegenstand in eine Sammlung aufnehmen, müssen Sie auf Aufforderung des Urhebers oder jedes Lizenzgebers hin jeden Hinweis auf den Auffordernden soweit machbar und gewünscht aus der Sammlung entfernen; soweit Hinweise gestützt auf eine solche Aufforderung zu entfernen sind, entfallen die Pflichten gemäss Ziffer 4 Buchstabe c. Entsprechendes gilt bei Abwandlungen.

Sie dürfen eine Abwandlung des Lizenzgegenstandes ausschliesslich unter den Bedingungen

- i. dieser Lizenz,
- ii. einer späteren Version dieser Lizenz mit denselben Lizenzelementen,
- iii. einer rechtsordnungsspezifischen Creative-Commons-Lizenz mit denselben Lizenzelementen ab Version 3.0 aufwärts (z.B. Namensnennung – Nicht-kommerziell – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 US),
- iv. der Creative-Commons-Unported-Lizenz mit denselben Lizenzelementen ab Version 3.0 aufwärts

öffentlich wiedergeben oder verbreiten.

Falls Sie die Abwandlungen unter einer der unter (i)-(iv) genannten Lizenzen („Verwendbare Lizenzen“) lizenzieren, müssen Sie deren Lizenzbestimmungen sowie folgenden Bestimmungen Folge leisten: Sie müssen stets eine Kopie der verwendbaren Lizenz oder deren vollständige Internetadresse in Form des Uniform-Resource-Identifier (URI) beifügen, wenn Sie die Abwandlung verbreiten oder öffentlich zeigen. Sie dürfen keine Vertrags- oder Nutzungsbedingungen anbieten oder fordern, die die Bedingungen der verwendbaren Lizenz oder die durch sie gewährten Rechte beschränken. Bei jeder Abwandlung, die Sie verbreiten oder öffentlich zeigen, müssen Sie alle Hinweise auf die verwendbare Lizenz und den Haftungsausschluss unverändert lassen. Wenn Sie die Abwandlung verbreiten oder öffentlich zeigen, dürfen Sie (in Bezug auf die Abwandlung) keine technischen Massnahmen ergreifen, die den Nutzer der Abwandlung in der Ausübung der ihm durch die verwendbare Lizenz gewährten Rechte behindern können. Dieser Abschnitt 4.a gilt auch für den Fall, dass die Abwandlung einen Bestandteil einer Sammlung bildet, was jedoch nicht bedeutet, dass die Sammlung insgesamt der verwendbaren Lizenz unterstellt werden muss.

- b. Sie dürfen die in Ziffer 3 genannten Befugnisse nicht zu kommerziellen Zwecken ausüben.
- c. Bei der Nutzung des Lizenzgegenstands oder einer Abwandlung davon, sei es isoliert oder als Teil einer Sammlung, müssen Sie die bestehenden Copyright-Vermerke vollständig beibehalten bzw. in einem Rahmen wiedergeben, der dem technischen Verfahren und dem Trägermedium der von Ihnen vorgenommenen Nutzung angemessen ist, ausgenommen, es liegt eine Aufforderung zur Entfernung der Angaben gemäss Ziffer 4 Buchstabe a Absatz 3 vor.

- Insbesondere müssen Sie (i) den Namen (oder das Pseudonym) des Urhebers sowie den Namen von Dritten nennen, die ein Rechteinhaber in den Copyright-Vermerk aufgenommen hat.
- Ist Ihnen (ii) der Titel des Lizenzgegenstands bekannt, müssen Sie diesen angeben.
- Hat der Lizenzgeber (iii) eine Internetadresse angegeben (z.B. in Form des Uniform Resource Identifier, URI), welche Lizenzinformationen oder Copyright-Vermerke enthält, müssen Sie diese ebenfalls nennen, soweit dies mit angemessenem Aufwand durchführbar ist.
- Bei Abwandlungen müssen Sie (iv) einen mit Ziffer 3 Buchstabe b in Einklang stehenden Hinweis darauf anführen, in welcher Form der Lizenzgegenstand in die Abwandlung eingegangen ist (z. B. „Französische Übersetzung des ... (Werk) durch ... (Urheber)“ oder „Das Drehbuch beruht auf dem Werk des ... (Urheber)“).

Die gemäss dieser Ziffer 4 Buchstabe c vorgeschriebenen Hinweise können in jeder angemessenen Weise erfolgen. Bei Abwandlungen oder Sammlungen müssen solche Hinweise hinsichtlich Platzierung und Ausgestaltung mindestens ebenso auffällig und in vergleichbarer Weise ausgeführt werden, wie dies für die anderen Rechteinhaber erfolgte, sofern ein solcher Hinweis für alle beitragenden Lizenzgeber erscheint.

Zur Klarstellung: Die gemäss dieser Ziffer 4 Buchstabe c vorgeschriebenen Hinweise dürfen ausschliesslich in der in diesem Abschnitt beschriebenen Weise und zum Zweck der Zurechnung des Werks zum Urheber, Lizenzgeber bzw. zu Dritten, die ein Urheber bzw. Lizenzgeber in den Copyright-Vermerk aufgenommen hat, verwendet werden. Bei der Nutzung des Lizenzgegenstandes dürfen Sie weder implizit noch explizit den Eindruck einer Unterstützung oder Billigung durch diese Personen oder den Eindruck einer sonstigen Verbindung zwischen Ihnen und diesen Personen erwecken, ohne zuvor eine separate schriftliche Einwilligung von den betroffenen Personen eingeholt zu haben.

d. Bezüglich Vergütung für die Nutzung des Lizenzgegenstandes gilt Folgendes:

- i. Unverzichtbare gesetzliche Vergütungsansprüche: Soweit unverzichtbare Vergütungsansprüche als Gegenleistung für gesetzliche Lizenzen vorgesehen oder Pauschalabgabensysteme (zum Beispiel für Leermedien) vorhanden sind, behält sich der Lizenzgeber das ausschliessliche Recht vor, die entsprechende Vergütung einzuziehen für jede Ausübung eines Rechts aus dieser Lizenz durch Sie.
- ii. Vergütung bei Zwangslizenzen: Sofern Zwangslizenzen ausserhalb dieser Lizenz vorgesehen sind und zustande kommen, behält sich der Lizenzgeber das ausschliessliche Recht auf Einziehung der entsprechenden Vergütung für den Fall vor, dass Sie eine Nutzung des Lizenzgegenstandes für andere als die in Abschnitt 4.b) als nicht-kommerziell definierten Zwecke vornehmen, verzichtet für alle übrigen, lizenzgerechten Fälle von Nutzung jedoch auf jegliche Vergütung.
- iii. Vergütung in sonstigen Fällen: Bezüglich lizenzgerechter Nutzung des Lizenzgegenstandes durch Sie, die nicht unter die beiden vorherigen Abschnitte (i) und (ii) fällt, verzichtet der Lizenzgeber auf jegliche Vergütung, unabhängig davon, ob eine Einziehung der Vergütung durch ihn selbst oder nur durch eine Verwertungsgesellschaft möglich wäre. Der Lizenzgeber behält sich jedoch das ausschliessliche Recht auf Einziehung der entsprechenden Vergütung

(durch ihn selbst oder eine Verwertungsgesellschaft) für den Fall vor, dass Sie eine Nutzung des Lizenzgegenstandes für andere als die in Abschnitt 4.b) als nicht-kommerziell definierten Zwecke vornehmen.

- e. Ihre Befugnis, den Lizenzgegenstand zu nutzen, findet ihre gesetzliche Grenze in den (Urheber-) Persönlichkeitsrechten des Rechteinhabers, dessen berechnigte geistige und persönliche Interessen bzw. dessen Ansehen oder Ruf durch die Nutzung ohne eine zuvor eingeholte separate schriftliche Einwilligung der betroffenen Personen nicht beeinträchtigt werden dürfen.

## **5. Keine Gewährleistung**

SO FERN VOM LIZENZGEBER NICHT SCHRIFTLICH ANDERS ANERKANNT, ÜBERNIMMT DER LIZENZGEBER KEINE GEWÄHRLEISTUNG FÜR DIE ERTEILTEN BEFUGNISSE.

## **6. Haftungsausschluss**

ÜBER DIE IN ZIFFER 5 GENANNT GEWÄHRLEISTUNG HINAUS HAFTET DER LIZENZGEBER NUR FÜR VORSATZ UND GROBE FAHRLÄSSIGKEIT. JEDE ANDERE HAFTUNG IST AUSGESCHLOSSEN, SOWEIT GESETZLICH ZULÄSSIG. FÜR SEINE HILFSPERSONEN HAFTET DER LIZENZGEBER IN KEINEM FALL. DIESER HAFTUNGSAUSSCHLUSS GILT AUCH DANN, WENN SIE AUF DIE MÖGLICHKEIT EINER SCHÄDIGUNG HINGEWIESEN HABEN.

## **7. Beendigung**

- a. Diese Lizenz und die darunter eingeräumten Befugnisse fallen ohne weiteres und mit sofortiger Wirkung dahin, wenn Sie die Bedingungen dieser Lizenz verletzen. Mit natürlichen oder juristischen Personen, die Abwandlungen des Lizenzgegenstandes oder diesen enthaltende Sammlungen unter den Bedingungen dieser Lizenz von Ihnen erhalten haben, bestehen nachträglich entstandene Lizenzbeziehungen jedoch solange weiter, wie die genannten Personen sich ihrerseits an sämtliche Lizenzbedingungen halten. Die Ziffern 1, 2, 5, 6, 7 und 8 bleiben ungeachtet der Beendigung dieser Lizenz verbindlich.
- b. Die mit dieser Lizenz eingeräumten Befugnisse werden zeitlich uneingeschränkt eingeräumt (freilich höchstens für die Dauer, für welche der Lizenzgegenstand nach dem anwendbaren Recht urheber- bzw. leistungsschutzrechtlich geschützt ist). Der Lizenzgeber behält sich jedoch für einen beliebigen Zeitpunkt das Recht vor, den Lizenzgegenstand unter einer anderen Lizenz weiterzugeben oder die Verbreitung des Lizenzgegenstands ganz zu beenden. Der Lizenzwechsel wird jedoch nicht die Wirkung eines Widerrufs dieser Lizenz haben (oder jeder anderen Lizenzierung, die auf der Grundlage dieser Lizenz erfolgt oder erfolgen muss), vielmehr wird die Lizenz so lange weiter bestehen, als sie nicht nach Ziffer 7 Buchstabe a vorstehend beendet wurde.

## **8. Verschiedenes**

- a. Jedes Mal, wenn Sie den Lizenzgegenstand oder eine Sammlung gestützt auf Ziffer 3 dieser Lizenz nutzen, räumt der Lizenzgeber auch dem Empfänger eines allfälligen Vervielfältigungsstücks eine Lizenz am Lizenzgegenstand selber ein, und zwar zu denselben Bedingungen wie die Ihnen eingeräumte Lizenz.

- b. Jedes Mal, wenn Sie eine Abwandlung des Lizenzgegenstandes gestützt auf Ziffer 3 dieser Lizenz nutzen, räumt der Lizenzgeber auch dem Empfänger eine Lizenz am ursprünglichen Lizenzgegenstand an, und zwar zu denselben Bedingungen wie die Ihnen eingeräumte Lizenz.
- c. Sollten sich einzelne Bestimmungen dieser Lizenz nach dem anwendbaren Recht als nicht durchsetzbar oder nichtig erweisen, so bleiben die übrigen Bestimmungen dieser Lizenz gültig und durchsetzbar und an die Stelle der unwirksamen Bestimmung tritt eine Ersatzregelung, die dem mit der unwirksamen Bestimmung angestrebten Zweck am nächsten kommt.
- d. Keine Bestimmung dieser Lizenz gilt als wegbedungen und keine Verletzung als genehmigt, bevor nicht die durch die Wegbedingung oder Genehmigung belastete Partei die Wegbedingung oder Genehmigung in Schriftform und unterschriftlich bestätigt hat.
- e. Diese Lizenz enthält alle mit Blick auf den Lizenzgegenstand zwischen den Parteien massgeblichen Bestimmungen. Andere Vertrauenspositionen, Abreden oder Zusicherungen im Hinblick auf den Lizenzgegenstand bestehen nicht. Der Lizenzgeber ist durch keine zusätzliche Klausel gebunden, welche sich aus irgendwelchen Unterlagen von Ihnen ergibt. Diese Vereinbarung kann ohne vorherige Vereinbarung mit unterschriftlicher Bestätigung zwischen dem Lizenzgeber und Ihnen nicht abgeändert werden.

## **Creative Commons Hinweis**

Creative Commons ist nicht Partei dieses Lizenzvertrags und macht keinerlei Zusicherungen mit Blick auf den Lizenzgegenstand. Creative Commons haftet nicht für Ihnen entstandene Schäden aus der Verwendung des Lizenzgegenstands oder dieser Lizenz, aus welchem Rechtsgrund sie auch abgeleitet werden, sei es für direkten, indirekten Schaden oder für Folgeschaden. Ungeachtet des vorstehenden Satzes hat Creative Commons alle Rechte aus dieser Lizenz, sofern sie bezüglich eines Werks ausdrücklich selber als Lizenzgeberin unter dieser Lizenz auftritt.

Ausser für den begrenzten Zweck, dem Publikum öffentlich bekannt zu machen, dass der Lizenzgegenstand unter der CCPL lizenziert ist, erlaubt Creative Commons den Parteien dieser Lizenz nicht, das Markenzeichen "Creative Commons" oder irgend ein anderes Markenzeichen oder Logo von Creative Commons ohne die vorgängige schriftliche Zustimmung von Creative Commons zu verwenden. Jegliche erlaubte Nutzung hat in Übereinstimmung mit den dannzumal gültigen Markenrichtlinien von Creative Commons zu stehen. Die Markenrichtlinien von Creative Commons sind auf ihrer Website abrufbar oder erhältlich auf Anfrage.

Creative Commons kann unter <http://creativecommons.org/> kontaktiert werden.

## **Anhang B**

**Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe*  
*unter gleichen Bedingungen* (BY-NC-SA) 4.0 Entwurf**



## **Creative-Commons-Lizenz *Namensnennung-Nicht kommerziell-Weitergabe* unter gleichen Bedingungen (BY-NC-SA) 4.0 Entwurf 2**

CREATIVE COMMONS CORPORATION IS NOT A LAW FIRM AND DOES NOT PROVIDE LEGAL SERVICES OR ADVICE. DISTRIBUTION OF THIS PUBLIC LICENSE DOES NOT CREATE A LAWYER-CLIENT OR OTHER RELATIONSHIP. CREATIVE COMMONS PROVIDES THIS PUBLIC LICENSE AND ALL RELATED INFORMATION ON AN “AS-IS” BASIS. CREATIVE COMMONS MAKES NO WARRANTIES REGARDING THIS PUBLIC LICENSE, ANY RELATED INFORMATION, OR THE WORK (DEFINED BELOW), AND DISCLAIMS LIABILITY FOR DAMAGES RESULTING FROM THEIR USE.

### **Public License**

This document is a Creative Commons Public License (“Public License”), providing a standard set of terms and conditions that creators or other rights holders may use to share works with the public. Capitalized terms have the meanings defined herein and below.

Licensors make the Work available under this Public License. This Public License grants You permission to use the Work in ways otherwise restricted by copyright or Copyright-like Rights. Because this Public License affects only rights held by Licensors, You may still need permission from others to use the Work as You intend. Additionally, You are responsible for complying with other laws that may apply to use of the Work, such as laws governing patents, trademarks, privacy, and publicity rights, data protection laws, and laws protecting against fraud, misrepresentation and similar.

By exercising any rights to the Work provided here, You accept and agree to be bound by the terms of this Public License. To the extent this Public License may be considered a contract, Licensors grant You the rights under this Public License in consideration of acceptance of such terms and conditions by You.

### **Section 1 – Definitions.**

- (a) **Adaptation** means a work derived from or based upon the Work, in which the Work is translated, altered, modified or otherwise adapted in a manner that results in a new work subject to copyright or Copyright-like Rights. For purposes of this Public License, where the Work is a musical work, performance, or phonogram, the synchronization of the Work in timed-relation with a moving image is an Adaptation.
- (b) **Adaptation License** has the meaning set forth in Section 3(b)(1).
- (c) **Copyright-like Rights** means those rights that neighbor or are similarly related to copyright, such as performance, broadcast, phonogram and database rights, without regard to how such rights are named, labeled or categorized.

- (d) **License Elements** means the following terms and conditions as indicated in the name of this Public License: Attribution, NonCommercial, ShareAlike.
- (e) **Licensed Rights** has the meaning set forth in Section 2(a).
- (f) **Licensors** means the individual or entity offering the Work under this Public License.
- (g) **NonCommercial** means not primarily intended for or directed towards commercial advantage or private monetary compensation. For purposes of this Public License, the exchange of the Work or an Adaptation for other works subject to copyright or Copyright-like Rights by digital file-sharing or similar means is NonCommercial provided there is no payment of monetary compensation in connection with the exchange.
- (h) **Share** means to communicate the original or copies of the Work or an Adaptation to the public by any means or process such as public display, performance or distribution, and by making available to the public in such a way that members of the public may access the Work or an Adaptation from a place and at a time individually chosen by them.
- (i) **Work** means the literary, artistic or other work, content, material or production subject to copyright or Copyright-like Rights and offered by Licensors under this Public License.
- (j) **You** means the individual or entity exercising the Licensed Rights under this Public License.

## Section 2 – License.

- (a) Grant.<sup>1670</sup> Subject to the terms and conditions of this Public License, Licensors hereby grants You a worldwide, royalty-free, non-sublicensable, non-exclusive license to:

(1) reproduce, distribute, perform, display, communicate and Share the Work for NonCommercial purposes, and

(2) create, reproduce, distribute, perform, display, communicate and Share Adaptations for NonCommercial purposes,

but only to the extent Licensors can grant such permission and the use is otherwise restricted by copyright or Copyright-like Rights (collectively, the “Licensed Rights”).

For the avoidance of doubt:

(A) Any and all rights You have under fair use, fair dealing or any other applicable limitation or exception to copyright or Copyright-like Rights are unaffected by this Public License.

(B) The license granted above is irrevocable for the term of this Public License as specified in Section 5.

---

<sup>1670</sup> In the ND licenses, this grant language will read as follows: “Grant. Subject to the terms and conditions of this Public License, Licensors hereby grants You a worldwide, royalty-free, non-sublicensable, non-exclusive license to reproduce, distribute, perform, display, communicate and Share the Work [for NonCommercial purposes], provided any such use does not create an Adaptation,”

(C) Every recipient of the Work or an Adaptation from You automatically receives a license from Licensor to use the Work under the terms and conditions of this Public License.

(b) Other rights.

(1) Moral rights are unaffected by this Public License. Notwithstanding, where the exercise of the Licensed Rights by You would violate moral rights held by Licensor, then Licensor waives or agrees not to assert such rights to the fullest extent permitted for the sole purpose of allowing You to exercise the Licensed Rights, but not otherwise.

(2) Other rights may apply to the Work that are not licensed under this Public License but may be needed for You to use the Work as intended. Those rights include any patent, trademark, privacy, and publicity rights held by Licensor, and any rights held by third parties (including moral rights where Licensor is not the holder of those rights).

(3) To the extent possible, Licensor waives the right to collect royalties from You for the exercise of the Licensed Rights, both individually and through any voluntary collecting society or any statutory or compulsory licensing scheme.<sup>1671</sup>

(4) You may exercise the Licensed Rights in all media and formats whether now known or hereafter created. You have the right to make modifications technically necessary to exercise the Licensed Rights in all media and formats.

(5) For the avoidance of doubt, nothing in this Public License constitutes or may be construed as permission to assert or imply that You are, or that any use by You of the Work or an Adaptation is, connected with, or sponsored, endorsed or granted official status by, Licensor.

### **Section 3 - License Conditions.**

The Licensed Rights are expressly made subject to and limited by the following conditions:

(a) Attribution.

(1) If You Share the Work or an Adaptation, You must:

(A) identify the author(s) of the Work as well as other parties designated by Licensor to receive attribution in the manner designated by Licensor,

(B) specify where the Work may be accessed, and include a URI or hyperlink to the Work if reasonably practicable,

(C) retain any notice of disclaimers or warranties included with the Work by Licensor, and

(D) indicate that the Work is available under this Public License, and include the URI or hyperlink to this Public License.

---

<sup>1671</sup> Note that this provision is still under consideration between d2 and d3 as relates to extended collective licensing arrangements.

(2) In addition to the above, if You Share an Adaptation, You must indicate that changes were made to the Work and that the Work was used in the Adaptation.

(3) You may satisfy the conditions in (1) and (2) above in any reasonable manner based on the medium, means and context in which the Work or Adaptation is used. For example, it may be reasonable to satisfy some or all of the conditions by retaining copyright notices for the Work, or by providing a URI or hyperlink associated with the Work, if the copyright notice or webpage includes some or all of the required information.

(4) For the avoidance of doubt, the conditions contained in this Section 3(a) do not give You permission to assert or imply any connection with, sponsorship, endorsement or official status granted by Licensor as stated in Section 2(b)(5). You must, to the extent reasonably practicable, remove the information in (a)(1)(A) above if requested by Licensor.

(5) You may not offer or impose any additional or different terms on the Work. You may not restrict the ability of a recipient of the Work from You to exercise the rights granted to that recipient by the terms of this Public License, including through the imposition of any effective technological measures.

(b) ShareAlike. If You Share an Adaptation:

(1) You must release the Adaptation under one of the following:

(A) this Public License,

(B) a later version of this Public License containing the same License Elements, [or

(C) a Creative Commons ported license (either this or a later license version) containing the same License Elements as this Public License]<sup>1672</sup>

(whichever license is chosen is the “Adaptation License”).

(2) You must include a copy of, or the URI for or a hyperlink to, the Adaptation License.

(3) You may not offer or impose any additional or different terms on the Adaptation. You may not restrict the ability of a recipient of an Adaptation from You to exercise the rights granted to that recipient by the terms of the Adaptation License, including through the imposition of any effective technological measures.

(4) For the avoidance of doubt, the conditions set forth in this Section 3(b) apply to the Adaptation only.

#### **Section 4 – Disclaimer and Limitation on Liability.**

To the greatest extent possible, Licensor offers the Work as-is and makes no representations or warranties of any kind concerning the Work, express, implied, statutory or otherwise; including, without limitation, warranties of title, merchantability, fitness for a particular purpose, non infringement, the absence of latent or other defects, accuracy, or the presence or absence of errors, whether or not known or discoverable.

---

<sup>1672</sup> Note that alternative (C) remains bracketed in this draft because the question of porting for 4.0 is undecided and will be subject to discussion upon publication of the next draft.

**Section 5 – Term and Termination.**

- (a) This Public License is perpetual for the duration of the term of the underlying copyright or Copyright-like Rights licensed by Licensor. If You fail to comply with any condition of this Public License, this Public License terminates automatically, and You must obtain express approval from Licensor to use the Work thereafter.<sup>1673</sup>
- (b) For the avoidance of doubt:
  - (1) upon termination of this Public License for failure by You to comply with any of its conditions, this Public License remains in full force and effect for third parties who received the Work or an Adaptation from You so long as they remain in compliance; and
  - (2) Licensor may release the Work under different licensing terms or stop distributing the Work at any-time; *however*, doing so will not terminate this Public License.
- (c) Sections 1, 4, 5, and 7 survive termination of this Public License.

**Section 6 – Other Terms.**

- (a) Licensor shall not be bound by any additional or different terms communicated by You.
- (b) Licensor may supplement the terms of this Public License to disclaim or offer warranties or to limit liabilities different from Section 4 by including such terms in a notice as referenced in Section 3(a)(1)(C). For the avoidance of doubt, Licensor may offer additional permissions to any recipient of the Work, or release the Work under different licensing terms as stated in Section 5(b)(2).
- (c) Except as set forth in this Public License (including any provision permitted by Section 6(b)), there are no other understandings or agreements concerning use of this Work that form part of this Public License. Any other such understandings or agreements are separate and independent of the terms and conditions of this Public License, and in the event any such understandings or agreements conflict with the terms of this Public License, the terms of this Public License control.

**Section 7 - Interpretation.**

- (a) If any provision of this Public License is deemed invalid or unenforceable, it will not affect the validity or enforceability of the remaining terms, and any such provision shall be automatically reformed to the minimum extent necessary to make such provision valid and enforceable.
- (b) No term or provision of this Public License will be waived and no failure to comply consented to unless the waiver or consent is expressly agreed to by Licensor.
- (c) Nothing in this Public License constitutes or may be interpreted as a limitation upon or waiver of any privileges and immunities that may apply to Licensor or You, including from the legal processes of any jurisdiction or authority.

---

<sup>1673</sup> Note that relaxing termination to allow for some type of cure is still under consideration as of d2.

**NOTICE**

CREATIVE COMMONS CORPORATION IS NOT A LAW FIRM AND DOES NOT PROVIDE LEGAL SERVICES OR ADVICE. DISTRIBUTION OF THIS PUBLIC LICENSE DOES NOT CREATE A LAWYER-CLIENT OR OTHER RELATIONSHIP. CREATIVE COMMONS PROVIDES THIS PUBLIC LICENSE AND ALL RELATED INFORMATION ON AN “AS-IS” BASIS. CREATIVE COMMONS MAKES NO WARRANTIES REGARDING THIS PUBLIC LICENSE, ANY RELATED INFORMATION, OR THE WORK, AND DISCLAIMS LIABILITY FOR DAMAGES RESULTING FROM THEIR USE.

CREATIVE COMMONS IS NOT A PARTY TO THIS PUBLIC LICENSE. NOTWITHSTANDING, CREATIVE COMMONS MAY ELECT TO APPLY THIS PUBLIC LICENSE TO MATERIALS IT PUBLISHES AND IN THOSE INSTANCES WILL BE CONSIDERED “LICENSOR” FOR PURPOSES OF THIS PUBLIC LICENSE.

EXCEPT FOR THE LIMITED PURPOSE OF INDICATING TO THE PUBLIC THAT THE WORK IS LICENSED UNDER THIS PUBLIC LICENSE OR AS OTHERWISE PERMITTED BY THE CREATIVE COMMONS TRADEMARK POLICY PUBLISHED AT [HTTP://CREATIVECOMMONS.ORG/POLICIES](http://creativecommons.org/policies), CREATIVE COMMONS DOES NOT AUTHORIZE THE USE BY EITHER PARTY OF THE TRADEMARK “CREATIVE COMMONS” OR ANY OTHER TRADEMARK OR LOGO OF CREATIVE COMMONS WITHOUT ITS PRIOR WRITTEN CONSENT INCLUDING, WITHOUT LIMITATION, IN CONNECTION WITH ANY MODIFICATIONS TO THIS PUBLIC LICENSE OR OTHER UNDERSTANDINGS OR AGREEMENTS CONCERNING USE OF THE WORK. FOR THE AVOIDANCE OF DOUBT, THIS TRADEMARK RESTRICTION DOES NOT FORM PART OF THIS PUBLIC LICENSE.

CREATIVE COMMONS MAY BE CONTACTED AT [HTTP://CREATIVECOMMONS.ORG/](http://creativecommons.org/).

## **Anhang C**

**CC0 1.0 Universal**

## CC0 1.0 Universal

CREATIVE COMMONS CORPORATION IS NOT A LAW FIRM AND DOES NOT PROVIDE LEGAL SERVICES. DISTRIBUTION OF THIS DOCUMENT DOES NOT CREATE AN ATTORNEY-CLIENT RELATIONSHIP. CREATIVE COMMONS PROVIDES THIS INFORMATION ON AN "AS-IS" BASIS. CREATIVE COMMONS MAKES NO WARRANTIES REGARDING THE USE OF THIS DOCUMENT OR THE INFORMATION OR WORKS PROVIDED HEREUNDER, AND DISCLAIMS LIABILITY FOR DAMAGES RESULTING FROM THE USE OF THIS DOCUMENT OR THE INFORMATION OR WORKS PROVIDED HEREUNDER.

### *Statement of Purpose*

The laws of most jurisdictions throughout the world automatically confer exclusive Copyright and Related Rights (defined below) upon the creator and subsequent owner(s) (each and all, an "owner") of an original work of authorship and/or a database (each, a "Work").

Certain owners wish to permanently relinquish those rights to a Work for the purpose of contributing to a commons of creative, cultural and scientific works ("Commons") that the public can reliably and without fear of later claims of infringement build upon, modify, incorporate in other works, reuse and redistribute as freely as possible in any form whatsoever and for any purposes, including without limitation commercial purposes. These owners may contribute to the Commons to promote the ideal of a free culture and the further production of creative, cultural and scientific works, or to gain reputation or greater distribution for their Work in part through the use and efforts of others.

For these and/or other purposes and motivations, and without any expectation of additional consideration or compensation, the person associating CC0 with a Work (the "Affirmer"), to the extent that he or she is an owner of Copyright and Related Rights in the Work, voluntarily elects to apply CC0 to the Work and publicly distribute the Work under its terms, with knowledge of his or her Copyright and Related Rights in the Work and the meaning and intended legal effect of CC0 on those rights.

**1. Copyright and Related Rights.** A Work made available under CC0 may be protected by copyright and related or neighboring rights ("Copyright and Related Rights"). Copyright and Related Rights include, but are not limited to, the following:

- i. the right to reproduce, adapt, distribute, perform, display, communicate, and translate a Work;
- ii. moral rights retained by the original author(s) and/or performer(s);
- iii. publicity and privacy rights pertaining to a person's image or likeness depicted in a Work;
- iv. rights protecting against unfair competition in regards to a Work, subject to the limitations in paragraph 4(a), below;
- v. rights protecting the extraction, dissemination, use and reuse of data in a Work;



- vi. database rights (such as those arising under Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, and under any national implementation thereof, including any amended or successor version of such directive); and
- vii. other similar, equivalent or corresponding rights throughout the world based on applicable law or treaty, and any national implementations thereof.

**2. Waiver.** To the greatest extent permitted by, but not in contravention of, applicable law, Affirmer hereby overtly, fully, permanently, irrevocably and unconditionally waives, abandons, and surrenders all of Affirmer's Copyright and Related Rights and associated claims and causes of action, whether now known or unknown (including existing as well as future claims and causes of action), in the Work (i) in all territories worldwide, (ii) for the maximum duration provided by applicable law or treaty (including future time extensions), (iii) in any current or future medium and for any number of copies, and (iv) for any purpose whatsoever, including without limitation commercial, advertising or promotional purposes (the "Waiver"). Affirmer makes the Waiver for the benefit of each member of the public at large and to the detriment of Affirmer's heirs and successors, fully intending that such Waiver shall not be subject to revocation, rescission, cancellation, termination, or any other legal or equitable action to disrupt the quiet enjoyment of the Work by the public as contemplated by Affirmer's express Statement of Purpose.

**3. Public License Fallback.** Should any part of the Waiver for any reason be judged legally invalid or ineffective under applicable law, then the Waiver shall be preserved to the maximum extent permitted taking into account Affirmer's express Statement of Purpose. In addition, to the extent the Waiver is so judged Affirmer hereby grants to each affected person a royalty-free, non transferable, non sublicensable, non exclusive, irrevocable and unconditional license to exercise Affirmer's Copyright and Related Rights in the Work (i) in all territories worldwide, (ii) for the maximum duration provided by applicable law or treaty (including future time extensions), (iii) in any current or future medium and for any number of copies, and (iv) for any purpose whatsoever, including without limitation commercial, advertising or promotional purposes (the "License"). The License shall be deemed effective as of the date CC0 was applied by Affirmer to the Work. Should any part of the License for any reason be judged legally invalid or ineffective under applicable law, such partial invalidity or ineffectiveness shall not invalidate the remainder of the License, and in such case Affirmer hereby affirms that he or she will not (i) exercise any of his or her remaining Copyright and Related Rights in the Work or (ii) assert any associated claims and causes of action with respect to the Work, in either case contrary to Affirmer's express Statement of Purpose.

#### **4. Limitations and Disclaimers.**

- a. No trademark or patent rights held by Affirmer are waived, abandoned, surrendered, licensed or otherwise affected by this document.
- b. Affirmer offers the Work as-is and makes no representations or warranties of any kind concerning the Work, express, implied, statutory or otherwise, including without limitation warranties of title, merchantability, fitness for a particular purpose, non infringement, or the absence of latent or other defects, accuracy, or the present or absence of errors, whether or not discoverable, all to the greatest extent permissible under applicable law.

- c. Affirmer disclaims responsibility for clearing rights of other persons that may apply to the Work or any use thereof, including without limitation any person's Copyright and Related Rights in the Work. Further, Affirmer disclaims responsibility for obtaining any necessary consents, permissions or other rights required for any use of the Work.
- d. Affirmer understands and acknowledges that Creative Commons is not a party to this document and has no duty or obligation with respect to this CC0 or use of the Work.